Das Vorverfahren im System des geltenden deutschen Strafprozesses.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde,

der

hohen Juristen-Fakultät zu Straßburg i. E.

vorgelegt

von

Friedrich Wülfing
Referendar aus Düsseldorf.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Hamburg 1913.
Druckerei-Gesellschaft Hartung & Co. m. b. H.

Referent: Professor Dr. M. E. Mayer.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0117

Disposition.

		Seite
I.	§ 1. Einleitung	7
II.	§ 2. Wesen und Begriff des Vorverfahrens	10
III.	Entwicklung des Vorverfahrens	13
	§ 3. Entwicklung des Vorverfahrens in der karolingischen Zeit	13
	§ 4. Entwicklung des Vorverfahrens in der nachkarolingischen Zeit und Entstehung des Inquisitionsverfahrens	18
	§ 5. Fortbildung des Inquisitionsverfahrens. Trennung des Untersuchungsrichters vom Spruchrichter	26
	§ 6. Entstehung des öffentlichen Anklägers als Behörde	30
IV.	Das Vorverfahren im geltenden deutschen Strafprozeß	34
	§ 7. Das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren	34
	§ 8. Die gerichtliche Voruntersuchung	40
	§ 9. Die Stellung der Beteiligten in der Voruntersuchung	44
V.	Das Vorverfahren im System des geltenden Strafprozesses	48
	§ 10. Systematische Stellung des Vorverfahrens	48
	§ 11. Begriff des Richters im prozessualen Sinne	51
	§ 12. Die Reformbedürftigkeit des geltenden Vorverfahrens	56
	§ 13. Das Vorverfahren im Entwurf einer Strafprozeßordnung	61
	§ 14. Praktische Gründe für die Systemwidrigkeit des Vorverfahrens im geltenden Strafprozeß und im Entwurf	64
	§ 15. Reformvorschläge	67

I.

§ 1. Einleitung.

Wenn von Reformen auf den verschiedensten Gebieten der Gesetzgebung, insbesondere im Strafrecht und Strafprozeß die Rede ist, so besagt der Ausdruck „Reform" an sich, daß es sich hier nicht darum handeln kann, a priori absolut neue Rechtssätze zu finden, die an die Stelle der bisherigen gesetzt werden könnten, ohne zu diesen in irgendeiner Beziehung zu stehen. Das kann und wird überhaupt nie möglich sein, mögen die neuen Gesetzesbestimmungen in sich selbst noch so sehr ein einheitliches Ganzes bilden und das geregelte Gebiet auch restlos erschöpfen. Bei allen Reformen kann es sich nur darum handeln, das Bestehende fortzuentwickeln. Bliebe dieser Gesichtspunkt unberücksichtigt, so würde gar bald in der Praxis ein Kampf der neuen Gesetzgebung mit den einmal begründeten und im Volksleben fest eingewurzelten Rechtsansichten sich erheben, der dem vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke entgegenwirkte.

Um also eine Fortentwicklung, eine Reform des Bestehenden dergestalt zu ermöglichen, daß sie als aus dem Alten natürlich hervorgehend sich darstellt, ist es erforderlich, die Ideen zu erkennen, die dem Bestehenden zugrunde liegen, und deren Entwicklung im Laufe der Zeit zu verfolgen. Nur aus diesen rückwärts gerichteten Betrachtungen heraus ist es möglich, die Bahn zu erkennen, die die Rechtsentwicklung verfolgt und diese dementsprechend zu führen[1].

---

[1] Vgl. dazu v. SAVIGNY: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung, 3. Auflage, Heidelberg 1840, S. 118 ff.; Ders.: Geschichte des römischen Rechts, Heidelberg 1840, Bd. II, S. X f.; BIENER: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827, S. 1 ff.

Aber neben diesen Betrachtungen über die historische Entwicklung des für eine Reform in Frage kommenden Rechtsgebietes ist es notwendig, auch das System der geltenden Normen einer Prüfung zu unterziehen. Insbesondere gilt dies, wenn es sich um die Neuordnung eines Prozeßgesetzes handelt. Denn ein Prozeßgesetz gerade bedarf vor allen Dingen eines einheitlichen Aufbaues. Es muß eine Einheit sein, nicht nur in der Terminologie, sondern auch in der Behandlung der Elemente, der Prinzipien, die es verarbeitet. Es darf sich vor allem nicht selbst widersprechen und nicht sich selbst zurücknehmen. Die historisch aus noch so heterogenen Quellen hervorgehenden Tendenzen müssen in ihrer Vereinigung ein einheitliches Ganzes bilden. Der Gesetzgeber darf nicht hier rückwärts schauen und sich an eine Meinung über historische Dinge halten, die vielleicht irrig ist, also doktrinär sein und dann wieder von Rücksicht auf eine politische Konstellation parlamentarischer Parteien oder andere Dinge sich leiten lassen, ohne jedwedes System, ohne Übersicht, kurz, er muß unter Berücksichtigung theoretischer und praktischer Erwägungen seinem Werke immer eine einheitliche Grundlage, ein klares System geben. Ohne das würde die Verarbeitung, die das geltende Gesetz durch Wissenschaft und Praxis erfährt und die dem Gesetz erst seinen Inhalt gibt, gänzlich richtungslos vor sich gehen und sich in eine unübersichtliche und wertlose Nebeneinanderstellung von Präjudizien und grundlos herrschenden Meinungen auflösen.

Neben den historischen und systematischen Erwägungen ist an dritter Stelle davon auszugehen, daß diese Verarbeitung eine Bewertung geltenden Rechts bedeutet und daß diese Bewertung ein bestimmtes Prinzip voraussetzt, das zu ermitteln Aufgabe einer wissenschaftlichen Rechtspolitik ist. Darauf einzugehen, würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung weit überschreiten. Es bedarf in dieser Einleitung nur der Hervorhebung, daß auch die im folgenden ge-

machten Reformvorschläge eines derartigen Maßstabes nicht entbehren können. Ein solches Prinzip von höherer Allgemeinheit liegt in dem Gedanken der Vervollkommnung, der durch die ethischen Anschauungen der Zeit und des Volkes seinen Inhalt bekommt[1]. Dieses Prinzip wird sich im konkreten Falle zur Geltung bringen durch Bestimmungen, die vom historischen oder systematischen Gesichtspunkt aus betrachtet als Inkonsequenz erscheinen könnten.

Der Kritik wird daher eine historische Darstellung vorausgehen. An sie schließt sich eine systematische Darstellung des geltenden Rechts, und schon bei dieser werden Folgewidrigkeiten im System aufzudecken sein. Nur ist bei der Hervorhebung dieser theoretischen Unklarheiten des geltenden Rechts immer zu berücksichtigen, daß vielleicht einleuchtende Erwägungen praktischer Art oder starke Einflüsse der ethischen Anschauung des Volkes von Bedeutung werden, die eine klare theoretische Konstruktion vorläufig noch ausschließen. Denn die tatsächliche Entwicklung der Rechtsgedanken ist ihrer präzisen und systematischen Erfassung immer um einen Schritt voraus.

Wenn daher im folgenden besonderes Gewicht auf die Darstellung des Vorverfahrens unter systematisch-theoretischen Erwägungen gelegt wurde und dabei Inkonsequenzen und Unklarheiten in der Regelung des Vorverfahrens zutage traten, so hatte die Kritik immer die Möglichkeit zu beachten, daß solche Mängel, die den Gesetzesverfassern vielleicht nicht verborgen geblieben sind, sich durch Erwägungen rechtfertigen lassen, die auf dem Wege einer Entwicklung zur Vervollkommnung liegen, ohne daß sie sich bereits in ein geschlossenes System einfügten. Solche Erwägungen

[1] VAN CALKER: Politik als Wissenschaft, Leipzig 1899; Ethische Werte im Strafrecht, Berlin 1904; Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung (in der Straßburger Festschrift für Laband), Tübingen 1908. Vgl. den Artikel „Rechtspolitik" im Handbuch der Politik I.

können im weitesten Sinne als „praktische“ bezeichnet werden. Eine Kritik des Strafprozesses hat die Pflicht, das zu berücksichtigen; sie hat freilich auch das Recht, ihrerseits andere Erwägungen derselben Art vorzutragen, zur Diskussion zu stellen und gegenüber Bestimmungen des geltenden Rechts bzw. der Entwürfe, die sich aus solchen „praktischen“ Gesichtspunkten ableiten, ihrerseits andere, ihrer Meinung nach ebenfalls „praktische“ Vorschläge entgegenzusetzen.

II.

§ 2. Wesen und Begriff des Vorverfahrens im Strafprozeß.

Die Bezeichnung „Vorverfahren“ ergibt schon aus sich, daß dieses Verfahren seine Existenz herleitet von einem anderen, einem Hauptverfahren. Das Vorverfahren kann nur dazu bestimmt sein, dieses Hauptverfahren vorzubereiten. Wieweit die Vorbereitung gehen muß, hängt von dem Zweck und Ziel des Hauptverfahrens ab. Demnach müssen auch die, beide Verfahren leitenden Grundgedanken dieselben sein. Als Hauptverfahren in einem Prozeß kann nur die Begegnung der Gegner, die vorläufig als Parteien bezeichnet werden sollen, vor Gericht, die Stellung der Anträge, die Form ihrer Behandlung und das Verhalten des Gerichts zu diesen Anträgen angesehen werden. Denn in diesem allen konzentriert sich der Parteienstreit; dies bildet die Hauptsache, die ihre Erledigung in dem Urteil findet.

Die Veranlassung eines Hauptverfahrens ist regelmäßig die Klage. Ohne Klage kann das Gericht nicht veranlaßt sein, einen Streit zu entscheiden. Wo ein Streit herrscht, muß also zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung eine der beteiligten Parteien diesen Streit beim Gericht anhängig machen, sie muß klagen.

Die erste Voraussetzung der Klage ist demnach die, daß derjenige, der eine Klage erheben soll, einmal die Umstände kennt, durch die er sich in seinen Rechten verletzt und zum Streite veranlaßt fühlen könnte, dann aber auch, daß er den Urheber dieser Umstände, den Gegner, kennt. Diese Voraussetzung wird jedoch, wenn sie auch im wesentlichen schon gegeben sein mag, demjenigen, der sich zur Klageerhebung veranlaßt fühlen könnte, nicht immer in dem Umfange gegeben sein, daß die Aussicht auf einen Erfolg der zu erhebenden Klage mit einiger Bestimmtheit begründet erscheinen könnte.

Es liegt nun in niemandes Interesse, eine Klage zu erheben, deren Erfolg mehr als zweifelhaft ist. So versteht es sich von selbst, daß jeder Klage, sei es nun eine Zivil- oder Strafklage, Ermittlungen von seiten des die Klage Erhebenden, daß also dem nach der Klageerhebung stattfindenden Hauptverfahren ein vor der Klageerhebung liegendes vorbereitendes Verfahren vorausgehen muß. Wie von dem Ergebnis des Hauptverfahrens das Urteil abhängig ist, so muß von diesem vorbereitenden Verfahren die Erhebung der Klage abhängig sein.

Im Zivilklageverfahren ist dies allerdings nicht immer der Fall. Der Zivilprozeß regelt im wesentlichen nur Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur. Leben, Freiheit und Ehre einer Partei hängen von dem Ausgang einer Zivilklage regelmäßig nicht ab. Ihre Erhebung ist lediglich Sache eines einzelnen; ihm fällt daher auch die Aufgabe zu, die zur Erhebung der Klage erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Es ist sein eigenes Interesse, die beabsichtigte Klage so vorzubereiten, daß ihr Erfolg gesichert erscheint. Wenn er daher trotz ihm ungünstiger Ermittlungen oder ohne solche überhaupt die Klage erhebt, so ist das seine, die Allgemeinheit wie den Gegner wenig berührende Sache. Denn im Falle des Unterliegens leidet nur er Schaden.

Anders im Strafprozeß. In ihm handelt es sich um des Beklagten höchste ideelle Güter. Dies allein schon bedingt, daß der Kläger seine Ermittlungen mit größter Sorgfalt erhebt. Es ist seine moralische Pflicht, den Verdächtigen nur da anzuklagen, wo er überzeugt sein darf, ihn der Tat überführen zu können, jedenfalls aber eine Klage zu unterlassen, wo sie aussichtslos erscheint. Denn selbst im Falle, daß der Angeklagte freigesprochen wird, haftet ihm leicht ein Makel an, wofern er nicht seine Unschuld zweifelsfrei nachweisen kann. Dieses aber ist nur in sehr seltenen Fällen möglich. Sonach ist es verständlich, wenn für eine zu erhebende Strafklage die Gesetze schon frühzeitig bestimmte Regelungen vorgeschrieben, wenn sie also gegen eine willkürliche Klageerhebung bestimmte Garantien geschaffen haben. Dies konnte einmal dadurch geschehen, daß dem Kläger für den Fall des Unterliegens besondere Strafen angedroht wurden, oder aber auch dadurch, daß die Erhebung einer Klage auf Strafe zu einem ausschließlichen Recht für den Staat gemacht und dessen Ausübung Organen übertragen wurde, die bestimmte Vorschriften bei der Vorbereitung einer Klageerhebung zu erfüllen hatten, wonach die Erhebung einer voraussichtlich erfolglosen Klage oder gar die Verfolgung eines Unschuldigen ausgeschlossen erscheinen mußte. Die Entwicklung ist den letzteren Weg gegangen. Dabei mußte allerdings das ausschließliche Recht des Staates auf Strafverfolgung zu einer Pflicht werden, um Willkürlichkeiten einzelner Organe zugunsten eines Schuldigen unmöglich zu machen. Das Anklagemonopol hatte das Legalitätsprinzip notwendigerweise im Gefolge. Die Vorschriften, die die Organe des Staates bei Vorbereitung und Erhebung der Strafklage zu befolgen hatten, haben dann im Laufe der Entwicklung ein Verfahren gezeitigt, das heute von der Praxis als das Vorverfahren im Strafprozeß bezeichnet wird und dessen Regelung in die Strafprozeßordnung aufgenommen worden ist.

III.

Die Entwicklung des Vorverfahrens im Strafprozeß.

§ 3. Die Entwicklung des Vorverfahrens in der karolingischen Zeit.

In der germanischen Welt spielte sich in den ältesten historisch bekannten Zeiten der Strafprozeß völlig gleich dem Zivilprozeß ab. Nur auf die von dem Verletzten erhobene Klage kam ein Urteilsverfahren zustande, wie denn auch die ev. erkannte Buße an den Verletzten zu zahlen war. Aber wie im Zivilprozeß um status, Schuld oder Grundeigentum eine öffentliche Leistung den Unterliegenden traf, so wurde auch im altdeutschen Strafprozeß dem Schuldigen als öffentliche Buße die Zahlung eines Friedensgeldes auferlegt, das als Abgabe an die Gesamtheit gezahlt wurde[1] und in geschichtlicher Zeit bereits den Charakter einer staatlichen Geldstrafe für den Bruch der ungeschriebenen Rechtsordnung angenommen hatte.

Aus dieser Doppelstrafe ergab sich die Folge, daß es nicht mehr nur ein Recht des Verletzten war, den Rechtsbrecher zur Verantwortung zu ziehen, sondern daß neben ihm die Gesamtheit einen Anspruch auf Ahndung des Rechtsbruchs besaß. Diese Idee mußte notwendigerweise dazu führen, daß das Verbrechen auch da bestraft werden konnte, wo der Verletzte als Ankläger nicht auftrat, insbesondere, wenn es sich um schwere Verbrechen gegen das Interesse der Gesamtheit handelte. Handhafte Tat konnte denn auch ein öffentlicher Beamter, wenn ein Privatkläger nicht auftrat, wegen der damit verbundenen öffentlichen Strafe im

[1] Die öffentliche Strafe hat noch früher in Opfergaben bestanden und wurde als solche, wie später die Geldstrafe, vom Priester eingezogen. Vgl. dazu die wertvollen Forschungen in Dahn: Fehdegang und Rechtsgang bei den Germanen. Bausteine II (1880) S. 76 ff.

fiskalischen Interesse der Gesamtheit[1] schon frühzeitig verfolgen. Hiermit aber war ein erster Schritt dazu getan, daß auch bei anderen, nicht offenkundigen Verbrechen im Interesse der Gesamtheit die Möglichkeit der Klageerhebung geschaffen wurde[1]. Der Vertreter des Gemeinwesens, Graf und Zentenar, erwarb in Konsequenz dieses neu sich durchringenden Prinzips das Recht eigener Initiative zur Strafverfolgung auch da, wo es sich nicht um handhafte Tat handelte, wenigstens in Fällen schwerer Verbrechen. Darin lagen die Anfänge eines dem eigentlichen Strafprozeß vorhergehenden Verfahrens, des Vorverfahrens, wie es oben präzisiert ist, begründet. Denn wo einmal Beamte mit der Verbrechensermittlung und -verfolgung, mit der Klageerhebung betraut wurden, mußten notwendigerweise Normen gegeben werden, nach denen sie in der Erfüllung ihrer Aufgabe sich zu richten hatten, wenn das ganze Verfahren nicht von der Willkür der betreibenden Beamten abhängig sein sollte. Es war dies um so mehr erforderlich, als die öffentliche und die private Verbrechensverfolgung zunächst nebeneinander herliefen und grundverschieden waren. Die private Verfolgung spielte sich in der feierlichen Form des Prozesses ab, das öffentliche Verfahren war formlos und lediglich polizeilicher Natur[2]. Damit aber war der Willkür der Beamten weitester Spielraum gegeben. Ein Vorverfahren zum eigentlichen gerichtlichen Verfahren aber war das öffentliche Verfahren in gewissem Sinne gleichwohl. Denn die von dem Gesamtheitsvertreter zur öffentlichen Verbrechensverfolgung angestellten Ermittlungen gaben doch zugleich auch den Anhalt für die private Verfolgung im gerichtlichen, im

---

[1] Dieser Vertreter des Gesamtheitsinteresses ist mit dem procurator regis nicht zu verwechseln. Über letzteren, der heute zum Staatsanwalt geworden, ist an anderer Stelle noch zu sprechen.

[2] Vgl. von Kries: Vorverfahren und Hauptverfahren. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 9, S. 2; R. Schmidt: Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895. S. 225 ff.

sogenannten Bußverfahren, und zwar bald in ziemlich weitem Umfange. Stellte sich nämlich in geringeren, die Gesamtheit weniger berührenden Fällen der Frevler auf die private Ladung nicht, so wurde er als Säumiger geächtet und damit der allgemeinen Rache preisgegeben[1]. Dadurch gestaltete sich die Verfolgung des Privatdelikts zu einem Recht der Gesamtheit, dessen Verfolgung der Vertreter der Gesamtheit nunmehr übernahm. Wohlgemerkt handelt es sich hier nicht eigentlich um eine Entwicklung des Vorverfahrens, sondern um den Übergang des Strafklagerechts von dem Verletzten auf einen Vertreter einer höheren staatlichen Autorität. Aber da derjenige, der eine Klage erheben will, zur Präzisierung und Durchführung derselben, wie bereits einleitend ausgeführt wurde, Ermittlungen anstellen muß, so wird es klar, daß die Einziehung solcher Ermittlungen anders durchgeführt wird, wenn sie seitens einer verletzten Privatperson, als wenn sie von einer mit Autorität ausgerüsteten Behörde erfolgt. Sowie dies letztere eintritt, ergibt sich im Interesse der Gesamtheit, des Verletzten wie des Beschuldigten, daß die Befugnis zu dieser Ermittlungseinholung normiert wird. Insofern also ist es auch für das Vorverfahren von einschneidender Bedeutung, wer Inhaber des Strafklagerechts ist. Dies zeigt sich auch im karolingischen Recht.

Bestimmte Normen aber, die notwendig die Tätigkeit des Gesamtheitsvertreters bei der Verbrechensverfolgung regeln mußten, wurden erst im karolingischen Staate geschaffen. Dieser erkannte zuerst den Mißstand, der darin lag, daß die Gesamtheitsvertreter bei der Strafverfolgung ohne Kontrolle ihre Anordnungen zu treffen befugt waren. Die Grafen suchten mit Hilfe bewaffneter Rotten, der sogenannten trustes, ihre Bezirke nach schweren Verbrechern ab. Diese trustes wurden bald für die friedliche Landbevölkerung eine nicht geringere Plage als die Verbrecher selbst. Die

[1] Vgl. Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2. 1892. S. 467 ff. u. 481 ff.

Schaffung geeigneter Normen für die öffentliche Verbrechensverfolgung bereitete naturgemäß große Schwierigkeiten. Handelte es sich doch darum, eine unabhängige Behörde zu schaffen, die die Kontrolle der bis dahin unbeschränkten Strafgewaltinhaber führen sollte. Um den gröbsten Mißständen abzuhelfen, erließ zuerst Karl der Große im Anfang seiner Regierungszeit das direkte Verbot, die sogenannten trustes zu bilden[1]. Er führte statt dessen ein Verfahren ein, das schon vor seiner Zeit im Zivilprozeß bei Streitigkeiten insbesondere um Feststellung der Grundeigentumsverhältnisse sich eingebürgert hatte[2]. Eine Anzahl auserwählter Gemeindegenossen wurden nämlich bei dergleichen Streitigkeiten von den königlichen Sendboten eidlich gehört, und so wurden die Grundeigentumsverhältnisse festgestellt. Diese „Gemeindeaussage" war wohl bisweilen auch schon im Interesse eines Privatstrafklägers herbeigeführt worden, um Anhaltspunkte zur Entdeckung unbekannter Täter bei schweren Verbrechen zu finden und so dem Privatkläger die Möglichkeit zur Verfolgung zu verschaffen[2]. Ende des achten Jahrhunderts aber wurde also diese Art des Verfahrens zur Entdeckung unbekannter Verbrecher, weiter auch zur Aufdeckung begangener Verbrechen von Staats wegen eingeführt. Die Sendboten wurden ermächtigt und verpflichtet, in regelmäßigen Zeiträumen derartige Gemeindeaussagen herbeizuführen, um die Feststellung aller im Bezirk begangenen schweren Verbrechen herbeizuführen, damit der Beamte dann den Täter wie einen formell Angeklagten durch einen bestellten Rügezeugen, der zur Erhebung der privaten Klage im Bußverfahren verpflichtet war, zur Reinigung von der Rüge zwingen konnte. Damit war der polizeiliche Charakter der

[1] cap. Harristalense ao. 779 no. 14 (mon. Bor. S. 50).

[2] lex Salica 74 behandelt als Ausnahme einen Fall, bei dem ein solches Gemeindeaufgebot auch im Strafprozeß erfolgte, nämlich bei Auffindung einer Leiche in der Feldmark einer Gemeinde.

Offizial-Verbrechensverfolgung verschwunden. Sie war, was die Feststellung des Tatbestandes und die Festsetzung der Strafe angeht, auf die Gerichte ausschließlich übergegangen, in ihrem Rest aber ein Vorverfahren im heutigen strafprozessualen Sinne geworden[1].

Diese Art des Strafverfahrens war zwar immer ein Ausnahmeverfahren, hervorgegangen aus dem Grundsatz, daß die Gesamtheit ein eigenes Interesse an der Verbrechensverfolgung habe. Daneben blieb, zunächst in überwiegendem Maße, später aber mehr und mehr zurücktretend, die private Strafklage bestehen. Doch kann deren Gang hier nicht interessieren. Die für die Erhebung einer privaten Strafklage, auf Grund deren allerdings auch eine öffentliche Buße verhängt werden konnte, notwendigen Ermittlungen blieben nach der Natur des Verfahrens dem privaten Kläger überlassen. Für ihre Erhebung gab es demgemäß keine bestimmten Vorschriften. Das Privatverfahren war kein Prozeßverfahren, weil es sich nicht in gesetzlich geregelter Aufeinanderfolge abspielte.

Das Sendbotenverfahren aber entsprach tatsächlich in seinen Grundzügen schon dem heutigen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren. Es wurde von einem öffentlichen Beamten getätigt noch dem Grundsatz eines beschränkten Legalitätsprinzips; der Beschuldigte hatte allerdings keine Stellung in ihm; er war lediglich Objekt des Verfahrens. Aber abgesehen davon, daß die geltende Regelung dieselbe Struktur, prinzipiell wenigstens, verrät, erklärt sich dies daraus, daß das Vorverfahren in seiner eben erst von dem Privat-

[1] Das Ahnefangs- und Spurfolgeverfahren kann dagegen als ein Vorverfahren nicht wohl angesehen werden, ebensowenig wie das Verfahren bei handhafter Tat. Einmal mußte alledem ein gerichtliches Verfahren nicht mit Notwendigkeit folgen, dann aber handelte es sich dabei hauptsächlich um die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche oder erlaubter Selbsthilfe. Vgl. aber dazu Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 2 Bde. Braunschweig 1878/79. S. 761f.

klageverfahren des Zivilprozesses abgehenden Entwicklung noch ganz unter dem Einfluß des Prinzips stand, daß der Kläger die Klage nach seinem Ermessen vorzubereiten habe. Dabei war es natürlich, daß der Prozeßgegner an der Ermittlungserhebung in keiner Weise aktiv beteiligt war, daß er nur Objekt des Verfahrens war, möglicherweise sogar, ohne davon zu wissen.

Allerdings hatte diese Konstruktion des Vorverfahrens für die damalige Zeit auch eine gewisse innere Berechtigung. Denn die Lösung des Beschuldigten von der Klage war durch die starre Formalität des Prozesses sehr bequem gegeben. Die Gemeindeaussage im Vorverfahren und die Entscheidung der Schöffen im Gerichtsverfahren erstreckte sich nämlich auf den rechtserheblichen Tatbestand als Ganzes. Dementsprechend war der Beschuldigte zu seiner Verteidigung nicht auf die Widerlegung einzelner Belastungsmomente angewiesen; die Verteidigung beschränkte sich nach altgermanischer Sitte auf die Leistung des Reinigungseides durch den Beschuldigten mit Hilfe seiner Sippe, auf den Zweikampf und das Gottesurteil. Eine Verteidigung konnte also im Vorverfahren unbedenklich unterbleiben, mußte dies auch, da die Verteidigungsmitel erst durch das Urteil dem Beschuldigten gegeben wurden.

§ 4. Die Entwicklung des Vorverfahrens in der nachkarolingischen Zeit und die Entstehung des Inquisitionsverfahrens.

In der nachkarolingischen Zeit bestanden die Regeln des geschilderten Verfahrens zunächst unverändert fort. Insbesondere war die Strafverfolgung noch an die Erhebung einer Klage gebunden. Daneben wurden jedoch mit der Zeit Umstände maßgebend, die die Entwicklung des Strafprozesses in neue Bahnen lenkten und das Inquisitionsverfahren zeitigten, das auch heute noch seinem Wesen nach in Geltung ist und dem die Voruntersuchung im Vorverfahren unseres Strafprozesses ihre Entstehung verdankt.

Diese Änderung des Verfahrens war durch drei Momente gegeben: einmal war es die Erkenntnis, daß die Reinigung von der Anklage dem Verdächtigen vor Gericht zu leicht gemacht war. Dann war es die daraus hervorgegangene völlige Umgestaltung des Beweisverfahrens und endlich der Umstand, daß der Richter ex officio, also ohne Klageerhebung, ein Strafverfahren einleiten konnte.

I. Was den ersten Punkt angeht, so ist schon erwähnt worden, daß die Lösung des Verdächtigen von der Anklage durch den Reinigungseid sehr leicht war. Anfänglich zwar mag man dieses Verfahren als vollgültige Entlastung angesehen haben. In der kleinen Gemarkung, wo des einzelnen Leben und Treiben sich der Beobachtung der Nachbarn nur schwer entziehen konnte, mochte der Schuldige selten Eidhelfer finden können, es auch wohl aus Furcht vor Entdeckung nicht leicht wagen, einen Meineid zu leisten. Aber mit der zunehmenden Bevölkerung, insbesondere mit dem Anwachsen der Städte, fielen diese Bedenken für den Gewissenlosen weg, und damit sank das Vertrauen auf die Echtheit des Eides. Gegen das Gottesurteil und den Zweikampf aber hatte sich schon frühzeitig der kirchliche Einfluß geltend gemacht, so daß bei der Möglichkeit, auf andere Weise zur Rechtfindung zu gelangen, diese drei Entscheidungsmittel unschwer zurückgedrängt wurden, wenn auch namentlich das Gottesurteil noch lange Zeit seine entscheidende Kraft geltend machen konnte.

II. Diese Möglichkeit aber war mit der im Zivilprozeß beginnenden Umgestaltung des Beweisverfahrens gegeben. Sie begann ebenfalls zuerst in karolingischer Zeit. Ihr innerer Grund aber war, daß mit der fortschreitenden Entwicklung der Vertragsformen die Schwierigkeit sich einstellte, diese unter schematische Formeln zu subsumieren, wie es nun einmal bei dem Formalismus des altgermanischen und fränkischen Gerichtsverfahrens erforderlich war. Seinen Ausgang

nahm das neue Beweisverfahren von den fränkischen Königsgerichten. Bei diesen war es zunächst sehr vereinzelt, dann aber in allmählich sich erweiterndem Umfang üblich geworden, zur eingehenderen Feststellung bestimmter Rechtsverhältnisse nicht mehr nur eine bloße Gemeindeaussage oder ein eidliches Vorbringen der Parteien zu veranlassen, sondern einzelne Personen, die über die fragliche Angelegenheit bekunden konnten, eingehend eidlich über ihr Wissen zur Sache zu befragen, zu inquirieren. Dieses Verfahren wurde schon frühzeitig inquisitio genannt, und auf Grund des Ergebnisses dieser inquisitio wurde dann das Urteil durch das an keine Formeln gebundene Königsgericht gesprochen. Immerhin bildete es zunächst nur eine Ausnahme, gewann aber bald wegen der ihm innewohnenden Zuverlässigkeit weitere Ausbreitung. Der König konnte naturgemäß nur selten in der Lage sein, die erforderlichen inquisitiones selbst vorzunehmen, zumal in den beim Königsgericht anhängigen Sachen die Zeugen oft in entfernten Teilen des Reiches wohnten und dort gehört werden mußten. Er beauftragte daher mit der Durchführung der Zeugenvernehmungen und der sonstigen erforderlichen tatsächlichen Feststellungen in der Regel seine missi, die Sendboten. Diese berichteten über das Ergebnis ihrer Ermittlungen, worauf der König als Richter das Urteil sprach. Bisweilen wurde jedoch auch den missis Vollmacht erteilt, selbst das Urteil zu sprechen. Dies war der Weg, der zur allgemeineren Einführung der inquisitio führte, indem nämlich den missis die Inquisitionsgewalt bald für alle bei ihnen auf Grund ihrer Gerichtsbarkeit anhängigen Streitigkeiten verliehen wurde. Dazu kam noch, daß durch den König auch einer Partei das Recht auf Anwendung der inquisitio in allen ihren Prozessen oder auch wenigstens für einen bestimmten Rechtsstreit ohne Rücksicht auf das zuständige Gericht gegeben werden konnte, so daß schließlich die inquisitio von allen Gerichten erhoben werden konnte, wofern

nur der Richter oder eine der Parteien das Inquisitionsrecht besaß.

Zum Übergang der inquisitio in den Strafprozeß war aber nur ein Schritt. Allerdings ist er in dem eigentlich deutschen Strafverfahren nicht nachweisbar. Er erfolgte auf dem Umwege durch den kanonischen Prozeß. Das karolingische Inquisitionsverfahren hatte wie im ganzen Reiche, so auch in der Lombardei schnell Eingang gefunden. Namentlich in den langobardischen Städten war es zu starker Geltung und rascher Entwicklung gelangt[1]. Dem Papsttum wies es einen willkommenen Weg, in jener Zeit des inneren Kampfes eine schärfere disziplinarische Aufsicht über die Geistlichen, besonders auch höheren Ranges möglich zu machen. Daß dies der erste Zweck der Aufnahme der inquisitio in das kanonische Verfahren war, geht aus der Natur der Fälle hervor, auf Grund deren Innocenz III. die Dekretalen erließ, die die Einführung der inquisitio zum Gegenstand hatten[2].

---

[1] Brunner und Biener gebührt das unbestreitbare Verdienst, wenigstens die Verwandtschaft des karolingischen mit dem kanonischen Prozeß wissenschaftlich zuerst dargetan zu haben. Durch ihre Forschungen wurde dann R. Schmidt in die Lage versetzt, in seiner bedeutungsvollen „Herkunft des Inquisitionsprozesses“ dieses Problem weiter zu erörtern und nahezu den Beweis dafür zu erbringen, daß tatsächlich der kanonische Prozeß nur eine Fortbildung des karolingischen ist. Einen vollwertigen Beweis hierfür zu erbringen, ist allerdings auch ihm, wie er selbst bekennt, nicht gelungen. Aber für seine Annahme spricht doch der Umstand, daß vor der karolingischen Zeit die Anfänge eines Inquisitionsverfahrens nirgendwo nachzuweisen sind und daß die Rechtsgedanken der karolingischen und kanonischen Strafverfolgung sich sehr nahe berühren. Die Grundlage zum gerichtlichen Einschreiten bildete in beiden die Gemeindeaussage, also der Verdacht der öffentlichen Meinung, das Gerücht, der bloße clamor publicus, wie Innocenz III. es genannt hat. Beide Strafverfolgungsarten beruhten auch auf dem Gedanken des Offizialverfahrens.

Den Ausführungen Schmidts konnte daher auch im Folgenden unbedenklich gefolgt werden.

[2] Die Bischöfe und Äbte hatten sich, gestützt auf die Fälschung der pseudoisidorischen Dekretalen, aller unmittelbaren Aufsicht durch die Päpste nahezu entzogen.

Nachdem aber einmal die Inquisitionsmaxime im kanonischen Strafprozeß zur Geltung gekommen war, begann sie unter dem Einfluß der sich mit ihrer Untersuchung beschäftigenden Gelehrten auch im deutschen Rechtsleben nach und nach festen Fuß zu fassen und begründete endlich mit dem Aufkommen der Offizialverfolgung durch den Richter das Verfahren, das speziell unter der Bezeichnung „Inquisitionsverfahren" bekannt geworden ist.

III. Diese Offizialverfolgung durch den Richter war die dem deutschen Volkscharakter wohl am wenigsten zusagende Erscheinung in der mittelalterlichen Strafrechtspflege. Auch sie drang vom kanonischen Prozeß aus in das deutsche Rechtsleben ein, ohne indes eine eigene Schöpfung des kanonischen Prozesses zu sein. Wie schon erwähnt, lag dem karolingischen Strafprozeß der Gedanke zugrunde, daß durch einzelne schwere Verbrechen der Staat selbst und seine Ordnung gestört werde. Die Verfolgung solcher Verbrechen wurde ermöglicht durch die Gemeindeaussage, zugleich aber auch durch diese gefordert. Wenn nämlich einmal die Volksgemeinschaft, der Staat, als der durch solche Frevel Verletzte angesehen wurde, so mußte auch die Aussage des durch die Gemeinschaftsversammlung Vertretenen an sich schon geeignet sein, als Erhebung der Klage zu gelten oder doch wie eine solche zu wirken. Der Rügezeuge konnte unbedenklich entbehrt werden. Wiederholte er in seiner Klage doch nur kraft Auftrags, was die Gemeindeaussage ergeben hatte. Es war daher keine durchgreifende, umwälzende Neuerung, wenn Innocenz III. in Verfolgung dieses Gedankenganges die Klage wegen begangener Frevel schon durch dessen bloße Offenkundigkeit, durch den clamor publicus, erhoben sehen wollte und danach die Richter zur Strafverfolgung ex officio veranlaßte. Diese Art des Verfahrens konnte sich um so leichter Eingang verschaffen, als die Erhebung der für die Urteilsfällung erforderlichen Ermittlungen gleichzeitig zur Aufgabe des Richters geworden war.

Mit der Einführung dieser drei Grundgedanken in den deutschen Strafprozeß war dessen Umwandlung vollendet. Der öffentliche Ankläger, ja sogar die Erhebung privater Strafklage war entbehrlich geworden, wenigstens in den Fällen, in denen nach allgemeiner Auffassung das öffentliche Interesse berührt wurde. Der Richter war an seiner Stelle zum Ankläger geworden. Er hatte auch selbst die Aufgabe, die Grundlage für die Anklage zu sammeln, was er mit Hilfe der Inquisition besorgte.

Daneben blieb allerdings, wie gesagt, die formale Klageerhebung eines privaten Klägers in geringfügigen Sachen bestehen. Sie ging nach Art des Zivilverfahrens und kann hier unberücksichtigt bleiben[1]. Aber nachdem aus dem ursprünglich außergerichtlichen Ermittlungsverfahren der Sendboten mit anschließender Klageerhebung durch einen Rügezeugen auf dem Umwege durch den kanonischen Strafprozeß ein gerichtliches Untersuchungsverfahren ohne Kläger geworden war, stellte sich doch wieder das Bedürfnis nach einem beamteten öffentlichen Kläger ein. Einmal war hierfür maßgebend der Umstand, daß die verwirrten Zustände in der Verfassung des Reiches, die Verschiedenheit der geltenden Strafgesetze auf beschränktem Raume und damit die Möglichkeit, daß der Schuldige sich der Bestrafung entzog, eine Anzeige an den inquirierenden Richter zwecklos erscheinen ließ, dann aber auch, daß der Denunziant, und dieser war bei der richterlichen Offizialverfolgung doch kaum entbehrlich, sich allgemeiner Abneigung erfreute und daher die Verfolgung auch schwerer Delikte häufig unterbleiben mußte, wenn nicht ein dazu bestellter Beamter dem Richter die

[1] Wenn heute noch in England die private Verbrechensverfolgung die Regel bildet, so ist dies auf dessen staatliche Entwicklung zurückzuführen, die in ganz anderer Richtung sich bewegte als die partikularistische Entwicklung des Deutschen Reiches. Vgl. dazu MITTERMAIER: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851. S. 68 ff., und MENDELSSOHN-BARTHOLDI: Das Imperium des Richters. Straßburg 1907.

Kenntnis von begangenem Frevel verschaffte, und drittens, daß bei der Geringfügigkeit des begangenen Delikts ein richterliches Einschreiten von Amts wegen nicht gegeben war, während es wegen der verfallenen Geldstrafe dem Inhaber der Gerichtsgewalt, und dies waren für solche Fälle meist die Städte, sehr erwünscht erscheinen mußte. In den beiden ersten Fällen brachte der öffentliche Ankläger, dessen Bestellung übrigens nur auf Grund kaiserlichen Privilegs einzelnen Städten gestattet war und der meist ein Mitglied des Magistrates war, bei dem Richter den begangenen Frevel zur Anzeige, er trat als sogenannter promotor inquisitionis auf, während der Richter in gewohnter Weise die Inquisition führte; in letzterem Falle aber bereitete er die Erhebung einer Klage selbst vor und trat auch selbst in der Rolle eines privaten Klägers auf[1].

In dem richterlichen Inquisitionsverfahren war aber auch notgedrungen dem Beschuldigten eine Stelle angewiesen. Denn wenn der Richter zur Hauptverhandlung, dem endlichen peinlichen Rechtsgang, die Ermittlungen

[1] Über den Akkusationsprozeß der C. C. C. vgl. insbesondere Schoetensack: Der Strafprozeß der Carolina, Leipzig 1904. Er gibt eine erschöpfende Darstellung des ganzen Strafverfahrens. Wenn er dabei die Schilderung des Inquisitionsprozesses im Gegensatz zu der des Anklageprozesses gibt, so verkennt er, daß ein solcher Gegensatz der verschiedenen Natur der Prinzipien nach überhaupt nicht besteht. Das Anklageprinzip verlangt allerdings einen Ankläger, der im Inquisitionsprozeß nicht erforderlich ist. Der Ausdruck Akkusationsprozeß im Gegensatz zum Inquisitionsprozeß könnte nur bedeuten, daß bei jenem die Erhebung der öffentlichen Anklage Voraussetzung der Tätigkeit des Richters ist, während beim Inquisitionsprozeß eine formelle Erhebung der öffentlichen Anklage nicht erforderlich ist. Jedoch ist dieser Gegensatz belanglos, denn die Regelung der beiden Prinzipien hat miteinander nichts zu tun. Die Anklage geht auf Beginn eines Strafverfahrens und eventuelle Bestrafung des Schuldigen. Die Aufgabe der Inquisition aber ist lediglich die Erhebung des Be- und Entlastungsmaterials, die objektive Ermittlung des Tatbestandes. Darin, daß die Inquisition nach der C. C. C. auch ohne Anklage oder Denunziation erfolgen konnte, ist vielleicht eine Verschärfung des Legalitätsprinzips zu erblicken, indem nicht nur die Aufklärung, sondern auch die Aufspürung begangener Verbrechen gefordert wird.

soweit gefördert haben wollte und mußte, daß die Schöffen ihren Spruch abzugeben in der Lage sein sollten, ohne selbst noch in der Aufklärung der Tat tätig werden zu müssen, war es erforderlich, daß die Einwendungen des Beschuldigten schon im Untersuchungsverfahren gehört und bewertet wurden. Da dem zur Aburteilung berufenen Gericht die Stoffsammlung ausschließlich anheimfiel, Anfang und Verlauf des richterlichen Verfahrens lediglich vom Ermessen des Inquirenten abhing, so konnte aber der Beschuldigte nur als Objekt der Untersuchung in Betracht kommen. Er stand nicht mehr als gleichberechtigte Partei einem Ankläger gegenüber, sondern dem über ihm stehenden Richter. Der Ankläger war ja, wenn er überhaupt in Tätigkeit trat, zum bloßen promotor inquisitionis geworden. Das Gericht, der Richter, erforschte den Sachverhalt selbsttätig und unparteiisch. So konnte denn der Beschuldigte nur als Hilfsmittel zu dieser Erforschung in Frage kommen. Seine Aussagen wurden damit aber bei weitem die wertvollsten für die Bildung der richterlichen Überzeugung. Die richterliche Wahrheitserforschung mußte demgemäß die Richtung auf die Erlangung eines Geständnisses nehmen. Wieweit sie dies getan hat, dafür liefern insbesondere die Hexenprozesse mit der zur Erlangung des Geständnisses in der sinnlosesten Weise angewandten Tortur einen Beweis[1].

Nach der ganzen Entwicklung aber, deren Abschluß die C. C. C. bildete, war das Untersuchungsverfahren, obwohl seiner Natur nach nichts anderes als ein Vorverfahren zu dem endlichen peinlichen Rechtsgang, dem Hauptverfahren, äußerlich zu einem Teil des Gerichtsverfahrens selbst geworden. Beides war völlig inein-

[1] Über das Inquisitionsprinzip und -verfahren vgl. außer Biener insbesondere die Ausführungen in S. W. Plancks Systematischer Darstellung des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857, S. 148 ff. Eine umfassende Darstellung und Würdigung der Tortur in den Hexenprozessen gibt Wächter in seinen Beiträgen zur deutschen Geschichte, Tübingen 1845, S. 279 ff. Daselbst auch eingehende Literaturangaben.

andergewachsen, so zwar, daß das Vorverfahren sogar die Hauptsache im Prozeß ausmachte, das Hauptverfahren aber, der endliche Rechtsgang, zur bloßen Formalität herabgedrückt wurde. Wenn daher auch das Vorverfahren, wie es eingangs charakterisiert worden ist, in dem inquisitorischen Verfahren vielleicht nicht erblickt werden kann, so muß doch die inquisitio im mittelalterlichen Strafverfahren als Vorläuferin der heutigen Voruntersuchung betrachtet werden. Daneben kann die Vorbereitung einer durch einen bestellten öffentlichen Beamten nach Art der Zivilklage zu erhebenden Klage vielleicht mit dem heutigen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren verglichen werden[1].

§ 5. Fortbildung des Inquisitionsverfahrens. Trennung des Untersuchungsrichters vom Spruchrichter.

Die Offizialverfolgung durch den Richter, wie sie unter Verdrängung des Instituts des öffentlichen Anklägers seit der C. C. C. allmählich uneingeschränkt im deutschen Strafprozeß zur Geltung gekommen war[2], mußte mit Rücksicht auf das in ihr wirksame Inquisitionsprinzip als ein befriedigendes Mittel zur Herbeiführung einer gerechten Strafverfolgung, eines gerechten Urteils gelten. Soweit die inquisitio namentlich nicht übertrieben wurde, also daß die Herbeiführung eines Geständnisses selbst mit Hilfe der Tortur als ihre Hauptaufgabe angesehen wurde, war sie in der Tat geeignet, unter Berücksichtigung aller gegen und für den Beschuldigten vorhandenen Momente objektiv den Tatbestand festzustellen, der dem Urteil zugrunde gelegt wurde. So konnte sich also gegen sie die

[1] Vgl. dazu Ortloff: Die öffentliche Anklage in Deutschland mit besonderer Berücksichtigung des Fiskalats. Tübingen 1858, und Knapp: Das alte Nürnberger Kriminalverfahren. Berlin 1892.

[2] Vgl. Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. 1857.

dauernde fortschrittliche Entwicklung des Strafverfahrens nur insoweit wenden, als sie in ihrer Durchführung Mängel aufwies, die ihren eigentlichen Zweck nicht rein zur Erfüllung kommen lassen konnten.

Als solcher mußte in erster Linie die Tortur angesehen werden. Gegen sie richtete sich auch zunächst die weitere Entwicklung. In dem Bestreben, den Verdächtigen ohne volle Überzeugung von seiner Schuld nicht vor Gericht zu bringen, war es allerdings zweifellos ein richtiger Gedanke, nach Möglichkeit ein Geständnis des Beschuldigten herbeizuführen. Der religiöse Aberglaube des späteren Mittelalters hatte in diesem Bestreben zur Tortur gelangen können. Aber mit der Zeit mußte die Anschauung sich durchringen, daß ein Geständnis des Verdächtigen nicht immer einen sicheren Beweis seiner Schuld liefere. Der Unschuldige mochte leicht aus Furcht vor der Tortur sich schuldig bekennen, der innerlich Starke wenigstens in der Tortur die ihm zur Last gelegte Straftat zugeben, um weiterer Qualen ledig zu werden. Aber auch ohne die Tortur konnte und kann es geschehen, daß der Beschuldigte zu einer Straftat sich bekennt, um den Verdacht, einen schwereren, tatsächlich von ihm begangenen Frevel verübt zu haben, von sich abzulenken. Diese Erkenntnis brach sich namentlich unter dem Einfluß der Umwälzungen auf religiösem Gebiet langsam Bahn und mußte so zur Verdrängung wenigstens der härtesten Formen der Tortur führen. Damit wurde das Untersuchungs- und Beweisverfahren wieder auf die Zeugen gelenkt. Doch hat noch im Anfang des 19. Jahrhunderts selbst ein preußisches Gesetz — und Preußen zeichnete sich durch sein Vorgehen gegen die Anwendung der Tortur noch besonders aus —, die Kriminalordnung von 1805, den Untersuchungsrichtern zur Pflicht gemacht, nach Möglichkeit auch unter Anwendung leichter Gewaltmaßregeln ein Geständnis des Beschuldigten herbeizuführen.

Ein weiterer Fehler des Untersuchungsverfahrens

nach den Grundsätzen der C. C. C. war der, daß der Untersuchungsrichter als solcher schon zwei Rollen in seiner Person vereinigte, die verschiedenen Zwecken dienten. Er war Ankläger und Verteidiger zugleich. Einmal mußte er ex officio gegen den Verdächtigen einschreiten, und dann sollte er zugleich alle die Umstände in gleicher Weise berücksichtigen, die zur Entlastung des Beschuldigten dienen konnten. Er hatte auch als Untersuchungsrichter die Ergebnisse der aus diesen verschiedenen Zwecken hervorgehenden Ermittlungen gegeneinander abzuwägen, um sich darüber klar zu werden, ob er im erkennenden Gericht die Bestrafung des Beschuldigten beantragen sollte oder seine Freisprechung. Alle diese Aufgaben mögen ideell miteinander in Einklang zu bringen sein, tatsächlich aber muß ihre Erfüllung durch einen Menschen an der Unzulänglichkeit menschlicher Kräfte scheitern. Immerhin war ja die Inquisition ohne ihre Auswüchse, auch in der Form, daß der Inquirierende Ankläger und Verteidiger zugleich war, schon ein bedeutender Fortschritt gegenüber dem formellen Beweisverfahren der älteren Zeit.

Aber die vorgeschilderten Mängel in der Stellung des Inquirenten traten weit zurück hinter der Tatsache, daß eben der Untersuchungsrichter auch im endlichen peinlichen Rechtsgang als Spruchrichter mitwirkte. Diese Anomalie des Prozeßsystems konnte nicht verkannt werden und gab zugleich die Richtung an, in der die weitere Entwicklung des Prozesses sich zu bewegen hatte. Diese mußte dahin gehen, Untersuchungsrichter und Spruchgericht völlig voneinander zu trennen. Denn der Untersuchungsrichter trat in den Kreis der Urteilfinder mit vorgefaßter Meinung. Er allein kannte die Geschichte und Entwicklung des einzelnen Prozesses, und so mußte er auch den an der endgültigen Entscheidung mitwirkenden Richtern als der maßgebende Beurteiler erscheinen. Damit aber wurde der endliche peinliche Rechtsgang, die heutige Hauptverhandlung, zur bloßen Komödie. In dem Recht der Teilnahme an

der Hauptverhandlung als Schöffen aber sah das Volk eines der wesentlichsten staatsbürgerlichen Rechte. Daß es in der vorgeschilderten Art des Verfahrens nur als Statist mitwirkte, erkannte es bald, und sein eifersüchtiges Bestreben für die Wahrung und Mehrung seiner Rechte empfand richtig, daß nur die völlige Trennung des Untersuchungs- und Hauptverfahrens hier Wandel schaffen konnte. Aber erst die Revolution Ende des 18. Jahrhunderts hat dieses Bestreben zum Ziel gebracht, indem sie die Regierungen veranlaßte, namentlich auf dem Gebiete der Rechtspflege dem Zuge der Zeit zu folgen, um ihm nicht zum Opfer zu fallen. In Preußen — und dies erfordert von nun ab nach dem Ziel dieser Abhandlung unser alleiniges Interesse — hat die schon erwähnte Kriminalordnung von 1805 prinzipiell wenigstens die völlige Trennung des Untersuchungsrichters von dem erkennenden Gericht zur Durchführung gebracht, auch zur Ermöglichung weiterer Objektivität dem Beschuldigten eine Stellung in dem Vorverfahren eingeräumt, die seine Verteidigung nicht mehr eine hauptsächlich richterliche Aufgabe sein ließ, sondern ihm eigene Organe zur Verteidigung zur Verfügung stellte, wodurch er denn aus einem Objekt der Untersuchung zum Teil schon zum tätigen Mitarbeiter in ihr wurde. Es war dies nicht zum wenigsten ebenfalls eine Wirkung der revolutionären Bewegung des Zeitalters der Aufklärung. Mit ihr wurde dem herrschenden System gegenüber nachdrücklich zur Geltung gebracht, daß der Staatsbürger nicht allein Träger von Pflichten, sondern auch Träger von Rechten zu sein und eine Ehre zu haben beanspruchte, die unbegründet anzugreifen oder auch nur zu gefährden der Staat nicht das Recht habe.

So lag die Anfang des 19. Jahrhunderts erfolgte Trennung der Untersuchung von der Tätigkeit des erkennenden Gerichts durchaus in dem geraden Wege der Entwicklung. Doch konnte auch sie dem Streben nach einer Besserung der Stellung des Beschuldigten nicht

völlig genügen. Der Richter als Inquirent stand trotz aller dem Beschuldigten zu seiner Verteidigung gewährten Rechte in der Untersuchung immer über dem Beschuldigten. Wollte man diesen Mangel beseitigen, so mußte dem Beschuldigten nicht ein Richter, sondern ein Ankläger ohne richterliche Funktionen gegenübergestellt werden. Es mußte eine besondere Anklagebehörde geschaffen werden, die auch, da die Entwicklung zum Strafverfolgungsmonopol des Staates drängte, in geringfügigen Sachen die Rolle übernahm, die in früheren Zeiten der bestellte öffentliche Ankläger gehabt hatte. Eine solche Behörde zu bilden war indes eine Aufgabe, die der Gesetzgeber unter dem Druck der politischen Verhältnisse, wie sie bis um die Mitte des 19. Jahrhunderts bestanden, zu erfüllen nicht in der Lage war. Dagegen war in Frankreich eine Behörde vorhanden, die der gesuchten in ihren Grundzügen einigermaßen entsprach. Diese in den deutschen Strafprozeß einzuführen, schien der einfachste Weg zur Erreichung der als notwendig erkannten Aufgabe, wobei allerdings die Rücksicht auf ein geordnetes Prozeßsystem, wie später noch gezeigt werden soll, außer acht gelassen wurde.

§ 6. Entstehung des öffentlichen Anklägers als Behörde.

Die gentes oder procuratores regis, aus denen sich das Institut der öffentlichen Anklagebehörde, der Staatsanwaltschaft in seiner heutigen Form entwickelt hat, waren zunächst nur Beamte, die das fiskalische Interesse des Königs wahrzunehmen hatten. Als solche vertraten sie den König regelmäßig in zivilrechtlichen Streitigkeiten. Mit der Entwicklung der modernen Staatsidee fiel ihnen auch die Aufgabe zu, das Interesse des Staatsoberhauptes als Inhabers der Regierungsgewalt insoweit wahrzunehmen, als diese Regierungsgewalt die Verwaltung der Rechtspflege in sich begriff. Damit erweiterte sich ihr Geschäftskreis und zugleich vollzog

sich die Umwandlung ihrer bisher privaten Stellung in Diensten des Königs, die ihnen auch die Wahrnehmung der Rechte anderer Auftraggeber gestattete, in eine öffentliche Beamtenstellung[1].

Ihre Amtsbefugnis war schon um diese Zeit eine sehr weitgehende. Außer der Teilnahme an Kriminalprozessen — und diese interessiert hier allein — erstreckte sie sich auf die Pflege der Justizverwaltung und eine Oberaufsicht über die Tätigkeit der Gerichte auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten[2]. Was nun die Teilnahme der Prokuratoren an der Verbrechensverfolgung betrifft, so war schon im Jahre 1344 ein allgemeines Gesetz ergangen, das ihnen gestattete, die Anstellung von informationes wegen begangener Verbrechen nachzusuchen[3]. Damit erhielten sie zunächst die Rolle eines promotor inquisitionis. Als „öffentlicher Ankläger", der den Schuldigen vor Gericht zur Verantwortung zieht, traten sie erst Ende des 15. Jahrhunderts in einigen Ausnahmefällen auf, in denen nämlich die gerichtliche Inquisition nicht zu belastenden Ergebnissen gekommen war.

Um diese Zeit wurde auch ihre Mitwirkung bei der Inquisition überhaupt wesentlich erweitert[4]. Sie er-

---

[1] cf. Maurer, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayerischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824. S. 147, § 112.

[2] Daß die überragende Stellung der Prokuratoren nicht zu großen Nachteilen in der Rechtspflege führte, beruhte auf dem Gegengewicht der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt. Den Urteilen oder Anordnungen der Gerichte als solchen waren die Prokuratoren unterworfen, ja sie mußten sogar für ihre Durchführung sorgen, wodurch ihrem Aufsichtsrecht über die Gerichte sein schädlicher Charakter genommen war. Vgl. dazu Maurer, S. 150, § 117.

[3] cf. Biener, a. a. O. S. 195 ff.

[4] Durch die Ordonnanzen Karls III. (1493) und Ludwigs XII. (1498) (von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. B. 1892, S. 56, § 7); vgl. dazu auch Biener, dem die systematische Darstellung des Ganges der Beteiligung der Prokuratoren in Strafsachen entnommen ist, S. 205.

hielten die Befugnis, bei der Untersuchung selbst mitzuwirken und damit eine genau präzisierte Stellung in dem gerichtlichen Vorverfahren, was hier besonders in Betracht kommt. Nach Abschluß der auf ihre Denunziation erhobenen inquisitio generalis gaben sie ihre requêtes und conclusions dem Gericht und veranlaßten die inquisitio specialis, die Vernehmung des Verdächtigen. Nach deren Erledigung erhielten sie das gesamte Aktenmaterial zu weiterer Prüfung und entschieden sich nunmehr, ob sie wollten prendre droit, d. h. die Anklage erheben oder nicht, und reichten dementsprechend ihre conclusions dem Gericht ein. Nach dem Ergebnis der inquisitio konnte dies also die Anklageschrift mit Strafantrag oder ein Antrag auf Lösung von der Anklage sein.

Bei alledem aber war das Grundprinzip für die Tätigkeit der Prokuratoren, für die Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung zu sorgen. Sie intervenierten prinzipiell nur zugunsten der Partei, der das Gesetz zur Seite zu stehen schien. Als eigentlicher prozeßbetreibender Faktor, als Partei kam der Prokurator nicht in Betracht. Er war entweder Gehilfe des Inquirenten oder Beistand des Verdächtigen.

Diese Stellung der Prokuratoren blieb im wesentlichen unverändert bis zur Revolution des 18. Jahrhunderts. Zwar das Institut selbst änderte sich auch unter deren Einwirkung nicht merklich, aber wo im französischen Strafprozeß durch die Gesetze aus dem Anfang des 19. Jahrhunderts der Inquirent aus seiner gleichzeitigen Parteirolle als amtlicher Verbrechensverfolger hinausgedrängt wurde[1], trat in seine diesbezüglichen Funktionen der Prokurator ein. Zwar wurde er auch damit noch nicht öffentlicher Ankläger in dem Sinne, daß er reine Partei geworden wäre gegenüber dem Verdächtigen. Auch ging seine dem Pflichtenkreis des Inquirenten entnommene Befugnis der Teilnahme am Prozeß als

[1] Code d'instruction criminelle vom 17. November 1808 und das sogenannte Organisationsgesetz vom 20. April 1810.

Prozeßsubjekt nicht so weit, daß nun er das Anklagematerial wie der Kläger im Zivilprozeß zu sammeln gehabt hätte. Dies blieb nach wie vor Aufgabe des Richters. Der Staatsanwalt, wie seine deutsche Bezeichnung lautet, übte nur die öffentliche Klage aus, d. h. er trat als Kläger auf, ohne allerdings den alten Grundsatz preiszugeben, nur da als Kläger aufzutreten, wo er das Gesetz durch das Verhalten des Beschuldigten für verletzt hielt, im übrigen aber auch dafür zu sorgen, daß der Beschuldigte kein Unrecht erlitt. Die Funktionen der Staatsanwaltschaft, soweit sie hier interessieren, waren also im Strafprozeß mit Ausnahme der Vollstreckung gerichtlicher Beschlüsse und Urteile, die ihr ebenfalls oblag, folgende:

1. Sie hatte die etwa begangenen Verbrechen aufzuspüren und die Möglichkeit einer Anklage vorzubereiten. Zu diesem Zwecke konnte sie sich der Polizeiorgane bedienen, deren vorgesetzte Behörde sie zugleich war, auch in dringenden Fällen gerichtliche Untersuchungshandlungen vornehmen, die aber prinzipiell Sache des richterlichen Inquirenten waren.

2. Sie hatte, wo sie es für begründet hielt, die förmliche Anklage zu erheben und dementsprechend in der öffentlichen Hauptverhandlung als Gegner des Beschuldigten aufzutreten und ihre Anträge zu stellen. Dabei waren jedoch ihre Rechte, ähnlich denen des früheren Offizialinquisitors, erheblich weitergehend als die des Beschuldigten.

Mit der Übernahme dieser Aufgaben durch die Staatsanwaltschaft waren dem Inquirenten ideell diejenigen Funktionen abgenommen, die als Parteitätigkeit im gröbsten Sinne dieses Wortes gegenüber dem Beschuldigten angesehen werden mußten. Doch war diese Scheidung seiner Tätigkeit keine reinliche, scharfe. Die Haupttätigkeit im Vorverfahren gegen den Verdächtigen lag nach wie vor in der Hand des Untersuchungsrichters. In dessen Tätigkeit konnte der Staatsanwalt nicht bestimmend eingreifen. Er stellte

wohl seine Anträge, besaß auch das Beschwerderecht gegen die Maßnahmen des Richters, war jedoch im übrigen lediglich von dessen Tätigkeit abhängig. Der Untersuchungsrichter seinerseits erblickte nach der alten Idee seines Amtes vor wie nach seine Aufgabe darin, die Gesetze zur Geltung zu bringen, d. h. aber, war einmal ein Antrag auf Untersuchung durch den Staatsanwalt gestellt, also die Wahrscheinlichkeit eines Rechtsbruchs gegeben, den Verdächtigen auch zu überführen[1].

In diesem Stadium seiner Entwicklung fehlte dem französischen Strafprozeß eben noch ein einheitliches System, was besonders im Vorverfahren deutlich erkennbar war. Indem aber die Einrichtung der Staatsanwaltschaft, die diesen Mangel im System gebracht hatte, ohne wesentliche Änderungen in den deutschen Strafprozeß übernommen wurde, kam auch in dessen neuorganisiertem Vorverfahren dieser Mangel zur Geltung, den zu beseitigen die Aufgabe einer Reform sein muß. Aber bevor auf eine Untersuchung über das System des Vorverfahrens im Rahmen des Strafprozesses eingegangen wird, soll in folgendem zunächst eine Darstellung des Vorverfahrens gegeben werden, wie es sich im deutschen Strafprozeß nach Übernahme der Einrichtung der Staatsanwaltschaft gestaltet hat.

IV.

Das Vorverfahren im geltenden deutschen Strafprozeß.

§ 7. Das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren.

Die Übernahme der französischen Staatsanwaltschaft in den deutschen Strafprozeß erfolgte in den einzelnen deutschen Staaten zu verschiedener Zeit, in Preußen, das als größter Bundesstaat in dem später gegründeten

[1] Vgl. über die Zwitterbildung des französischen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert Planck a. a. O. S. 30; Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, Vorlesungen, Berlin 1898, S. 134 ff.;

Deutschen Reich für die Bildung der deutschen Gesetzgebung von ausschlaggebender Bedeutung wurde, durch die Gesetze vom 17. Juni 1846 und 3. Mai 1852 sowie die Verordnung vom 3. Januar 1849. Es bedarf aber eines Eingehens auf diese hier nicht[1]. Die Stellung der Staatsanwaltschaft und der ganze Aufbau des Verfahrens, insbesondere auch des Vorverfahrens, fanden ihre vorläufig endgültige Fassung in der Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, die zugleich der geregelten Materie einheitliche Formen für das ganze Reich gab und heute noch in Geltung ist.

Nach ihr unterscheidet das Vorverfahren ein sogenanntes staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren und die gerichtliche Voruntersuchung. Beide Arten des Vorverfahrens werden von der Staatsanwaltschaft veranlaßt. Doch sind sie in verschiedener Weise geregelt und daher auch gesondert zu betrachten.

I. Das Ermittlungsverfahren, das, wie schon angedeutet, etwa dem vorbereitenden Verfahren zur Erhebung einer privaten Strafklage durch den öffentlichen Beamten des Mittelalters entspricht, ist wie folgt geordnet:

1. Die Staatsanwaltschaft hat die Leitung des gesamten Ermittlungsverfahrens. Außer ihr wirken jedoch in der Erhebung der Ermittlungen noch mit

a) die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes (§ 158 StPO.),

b) der Amtsrichter (§ 160 StPO.)[2].

Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I. Bd., Berlin 1883 (Bindings Handbuch), S. 30 ff.; C. R. Koestlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert, Tübingen 1849, S. 41.

[1] Siehe hierzu Elling: Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland. Breslau 1911.

[2] In § 159 wird außerdem der Staatsanwaltschaft die Befugnis gegeben, von allen öffentlichen Behörden Auskunft zu verlangen. Dadurch werden die öffentlichen Behörden zwar zu einem Faktor in der Verbrechensverfolgung, aber nicht zu einem Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft in dem Sinne, wie es Polizei und Amtsrichter sind. Diesen nämlich kann der Staatsanwalt die Vornahme sämtlicher, eigentlich ihm zufallenden Handlungen nach

Die Polizeibehörden und Amtsrichter erscheinen prinzipiell als Organe der Staatsanwaltschaft. Bei ihnen können ebenso wie bei der Staatsanwaltschaft selbst Anzeigen strafbarer Handlungen in der vorgeschriebenen Form erfolgen (§ 156). Diese Anzeigen werden regelmäßig an die Staatsanwaltschaft weitergegeben und zwar unverzüglich, so daß also die Stellung der Staatsanwaltschaft als der allein zur Strafverfolgung berufenen Behörde gewahrt bleibt. Nur in einzelnen Ausnahmefällen treffen Polizei und Amtsrichter ohne vorherige Kenntnisnahme seitens der Staatsanwaltschaft die erforderlichen Anordnungen, dann nämlich, wenn Verdunklung der Sache droht (§ 161) oder Gefahr im Verzuge ist. Im übrigen werden beide Organe nur durch die Staatsanwaltschaft in Tätigkeit gesetzt. Dem Recht der Staatsanwaltschaft auf deren Mitwirkung entspricht auf der anderen Seite die Pflicht hierzu. Diese ist für die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes ausdrücklich festgelegt (§ 159), für den Amtsrichter ergibt sie sich aus § 160 Abs. 2 StPO., wonach ihm bei Ersuchen oder Anträgen seitens der Staatsanwaltschaft nur die Prüfung darüber gestattet

---

eigenem Gutdünken übertragen, und zwar selbst dann, wenn ihm selber die Vornahme möglich wäre. (Über die Handlungen, die nur dem Amtsrichter möglich sind, wird im Text gesprochen.) Von den Behörden aber kann der Staatsanwalt nur Auskunft verlangen, d. h. eine Mitteilung über solche Wissensgebiete, die ihm selber nicht zugänglich sind. Über Polizei und Amtsrichter verfügt er also frei; die Tätigkeit der Behörden hat nur ergänzend dann zu erfolgen, wenn die übrigen Hilfsmittel des Staatsanwalts versagen. Aus dieser Gegenüberstellung der öffentlichen Behörden einerseits, der Polizei und des Amtsrichters anderseits aber darf man nicht folgern, daß die angezogene Bestimmung ihren Ort nicht im Strafprozeß haben darf. Man hat gesagt, daß auch jede Privatperson von den Behörden Auskunft verlangen kann, aber in der StPO. ist ja nicht nur bestimmt, daß der Staatsanwalt Auskunft verlangen kann, sondern vor allem, daß die öffentlichen Behörden Auskunft geben müssen. Dies folgt e contrario aus der erschöpfenden Aufzählung der Fälle, in denen sie Auskunft verweigern dürfen. Vgl. außerdem Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1907, § 96, Note 7, und von Kries, Lehrbuch, S. 475, § 60.

ist, ob die Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist[1]. Ein Zwangsmittel zur Erfüllung dieser Pflicht ist der Staatsanwaltschaft allerdings nicht gegeben. Es würde dies auch mit der Konstruktion in Widerspruch stehen, daß Polizei und Amtsrichter selbständige Behörden sind.

In welchen Fällen aber die Staatsanwaltschaft sich zur Erfüllung ihrer Aufgabe, der Vorbereitung der öffentlichen Klage, der Polizeibehörden, in welchen Fällen sie sich der amtsrichterlichen Mitwirkung bedient, ist ihr völlig überlassen[2]. Es gibt aber einzelne Fälle,

---

[1] Diese Bereitstellung der Polizei und des Amtsrichters zur Vornahme von Ermittlungen und Untersuchungshandlungen hat in der Praxis dazu geführt, daß die Staatsanwaltschaft selbsttätig solche Handlungen nur in den allerseltensten Ausnahmefällen vornimmt. Zurückzuführen ist diese Tatsache zum großen Teil darauf, daß in den älteren Gesetzen, insbesondere dem schon erwähnten preußischen Gesetz vom 17. Juli 1846 (§ 7), der Verordnung vom 3. Januar 1849 (§ 7) und dem Gesetz vom 3. Mai 1852 (Art. 1) der Staatsanwaltschaft die eigene Vornahme von Ermittlungshandlungen überhaupt verboten war, weiter aber auch in der Folgeerscheinung dieser Vorschriften, daß mit der erweiterten gesetzlichen Möglichkeit, derartige Ermittlungen selbsttätig vorzunehmen, eine entsprechende stärkere Besetzung dieser Behörde nicht vorgenommen wurde. Vgl. dazu von Kries, Lehrbuch, S. 478, § 60.

[2] Die StPO. enthält darüber keine speziellen Vorschriften. Doch wird sich die Staatsanwaltschaft im wesentlichen von folgenden Gesichtspunkten leiten lassen müssen: sie wird den Amtsrichter nur da in Anspruch nehmen, wo die Hilfe der Polizei nicht ausreichend erscheint zu dem verfolgten Zweck. Es sind dies die Fälle, in denen die Vornahme der Untersuchungshandlung eine juristische Bildung verlangt. In diesem Sinne ist m. E. auch die Vorschrift des § 160 StPO. lediglich zu verstehen. Nicht solche Untersuchungshandlungen fallen unter diese Bestimmung, die ausschließlich von einem Richter vorgenommen werden können — davon wird im folgenden noch die Rede sein —, sondern alle die, bei denen die Mitwirkung eines Richters zweckmäßig erscheint. Das „Erachten" der Staatsanwaltschaft ist völlig bedeutungslos für etwa von ihr beabsichtigte Maßnahmen, die nur durch einen Richter in wirksamer Weise vorgenommen werden können. In diesen Fällen muß eben der Richter ange-

in denen die Mitwirkung des Amtsrichters gesetzlich erforderlich ist. Es sind spezifische Fälle richterlicher Zuständigkeit. Dies ist zunächst die Anordnung der Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten. Der Haftbefehl kann nur vom Richter unter den gesetzlichen Voraussetzungen erlassen werden (§ 114). Weiter ist es die Notwendigkeit, die ausschließlich dem Richter nach §§ 50, 69, 77 und 133 StPO. zustehenden prozessualen Zwangsmittel gegen Zeugen, wozu hier auch deren eidliche Vernehmung zu rechnen ist, in Anwendung zu bringen. Der Staatsanwaltschaft steht ebensowenig wie der Polizei die Befugnis zu, selbst solche Maßregeln in Anwendung zu bringen. Weder können sie wegen unentschuldigten Ausbleibens, noch wegen grundloser Verweigerung der Aussage irgendwelche Zwangsmaßregeln oder Strafen gegen die Zeugen verhängen. Dazu würde lediglich § 127 StPO. eine Handhabe bieten können, dann nämlich, wenn in dem Verhalten des Zeugen eine strafbare Handlung — etwa die der Begünstigung — zu erblicken wäre. Die Mitwirkung des Richters ist endlich erforderlich zur Sicherung der Beweise, die entweder erfolgen kann durch Beschlagnahme oder Durchsuchung oder Vorwegnahme eines Teiles der Beweisaufnahme vor der Hauptverhandlung. Letztere hat ihrer Natur nach als eine gerichtliche Handlung immer durch den Richter zu erfolgen. Er kann sich dazu veranlaßt sehen entweder von Amts wegen (§ 163) oder auf Antrag des Staatsanwalts (§§ 158, 161) oder auf Antrag des Beschuldigten (§ 164). Die Beschlagnahme und Durch-

---

gangen werden, und die Bestimmung mußte, wenn sie nur Anordnungen für solche Fälle geben wollte, ungefähr lauten: „Ist für eine von der Staatsanwaltschaft für erforderlich gehaltene Maßnahme richterliche Mitwirkung erforderlich, so . . .“ Hier aber muß der gewählte Ausdruck sinngemäß wie folgt interpretiert werden: „Hält die Staatsanwaltschaft die Mitwirkung eines Richters bei der Vornahme von Ermittlungen für angebracht oder ist die Vornahme richterlicher Handlungen kraft Gesetzes erforderlich, so . . .“

suchung kann allerdings bei Gefahr im Verzuge auch durch die Staatsanwaltschaft erfolgen; handelt es sich nicht um Beschlagnahme von Postsendungen, ist sogar bei Gefahr im Verzuge auch die Polizei dazu befugt (§§ 98, 100, 105). Die Eröffnung beschlagnahmter Postsendungen bleibt aber immer dem Richter vorbehalten.

Was nun den Beschuldigten angeht, so ist von bestimmten Rechten und Pflichten desselben in den Bestimmungen über das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren noch keine Rede. Ob er überhaupt in ihm gehört wird und Kenntnis von ihm erhält, hängt lediglich vom Ermessen der Staatsanwaltschaft ab. Die Vernehmung erfolgt dann gemäß § 136. Der Beschuldigte hat auch kein Recht, selbst wenn er als solcher vernommen ist, von dem Ergebnis der Ermittlungen, sei es durch Akteneinsicht oder persönliche Anwesenheit bei Tätigung der Ermittlungen, Kenntnis zu nehmen. Er kann zwar zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen bei der Staatsanwaltschaft oder dem ihn vernehmenden Amtsrichter beantragen, aber es unterliegt regelmäßig der Entscheidung der ersteren, ob dem Antrage entsprochen wird (§§ 164, 165). Der Amtsrichter ist selbsttätig zu solchen Erhebungen nur berechtigt, wenn sie die Entlassung des Beschuldigten aus der Haft herbeizuführen geeignet erscheinen oder der Verlust des Beweismittels zu besorgen steht (§ 164). Bei den richterlichen Untersuchungshandlungen anwesend zu sein, hat der Beschuldigte ebenfalls kein Recht, außer wenn er als solcher vom Richter vernommen ist und es sich um endgültige, der Hauptverhandlung antizipierte Beweisaufnahmen handelt (§§ 167, 191). Im Falle, daß er sich in Haft befindet, steht ihm dieses Recht auch nur dann zu, wenn der Termin an der Gerichtsstelle des Orts stattfindet, wo er sich in Haft befindet (§ 191). Ist aber nach dem Ermessen des Richters zu besorgen, daß ein Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten die Wahrheit nicht sagen werde, so

kann er diesen von der Anwesenheit bei der Verhandlung gleichwohl ausschließen.

Übrigens kann sich aber der Beschuldigte schon im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren des Beistandes eines Verteidigers bedienen (§ 137). Doch ist dieses Recht für das Ermittlungsverfahren von sehr problematischem Wert, da der Beschuldigte nicht notwendigerweise von dem Verfahren überhaupt Kenntnis erhält, dann aber auch, da er nicht wissen kann, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt eine Anklage erheben wird und eventuell auf Grund welcher Tatsachen und unter Behauptung welcher Straftat. Anders liegt allerdings die Sache, wenn der Beschuldigte sich in Haft befindet. In diesem Falle kann ihm ein Verteidiger von großem Nutzen sein. Außerdem erhält der Beschuldigte dadurch eine Beeinträchtigung seiner freien Stellung, die einer antizipierten Strafvollstreckung nahekommt.

Bei Schluß des Ermittlungsverfahrens hat sich dann der Staatsanwalt darüber zu entscheiden, ob er die Strafverfolgung einstellen oder Anklage erheben will. In ersterem Falle hat er von der Einstellung den Anzeigenden und den Beschuldigten, wenn dieser als solcher vom Richter vernommen ist, in Kenntnis zu setzen (§§ 168, 169). In letzterem Falle stellt er entweder den Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung oder reicht eine Anklageschrift bei dem Gericht ein, das über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen hat.

§ 8. Die gerichtliche Voruntersuchung.

Was die gerichtliche Voruntersuchung angeht, so charakterisiert sie sich nach ihrer Stellung im Prozeß als eine Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens, mit der Maßgabe jedoch, daß gegen den Verdächtigen oder Beschuldigten vor ihrer Eröffnung und Durchführung bereits die öffentliche Klage erhoben ist. Dies gilt sowohl in den Fällen, in denen die gerichtliche Voruntersuchung gesetzlich notwendig, als auch in denen,

in welchen sie nur zulässig ist. Über die Notwendigkeit und die Zulässigkeit der Voruntersuchung ist zunächst zu sprechen, bevor auf die Stellung der an der Voruntersuchung beteiligten Personen näher eingegangen wird.

Notwendig ist die Voruntersuchung in denjenigen Sachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts oder der Schwurgerichte gehören (§ 176 Abs. 1). Diese Bestimmung bedeutet, daß in solchen Fällen ohne vorhergegangene Voruntersuchung ein Hauptverfahren nicht eröffnet werden kann. Eine Ausnahme besteht für den Fall, daß sich die Zuständigkeit des Reichsgerichts oder des Schwurgerichts erst in der Hauptverhandlung eines anderen Gerichts ergibt, der eine Voruntersuchung nicht vorausgegangen ist. In diesen Fällen spricht das verhandelnde Gericht durch Beschluß seine Unzuständigkeit aus und verweist die Sache an das zuständige Gericht, also ohne Voruntersuchung (§ 270). Das Gericht, an das die Sache dadurch verwiesen ist, kann in diesem Falle den Eintritt in die Hauptverhandlung oder den Erlaß eines Urteils nicht ablehnen. Es würde dies mit dem Sinne der Bestimmungen des § 270 in direktem Widerspruch stehen[1]. Ist eine notwendige Voruntersuchung unterblieben, so begründet dies mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung nicht die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des gleichwohl nach stattgehabter Hauptverhandlung ergangenen Urteils.

Zulässig ist die Voruntersuchung außerdem in denjenigen Strafsachen, welche zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören. Sie erfolgt hier

1. wenn der Staatsanwalt sie beantragt,

2. wenn der Angeschuldigte sie in Gemäßheit des § 199 StPO. beantragt und erhebliche Gründe geltend macht, aus denen eine Voruntersuchung zur

---

[1] Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. April 1889. G. A. Bd. 37, S. 191.

Vorbereitung seiner Verteidigung erforderlich erscheint, oder

3. wenn das Gericht nach Eingang der Anklageschrift zur besseren Aufklärung der Sache die Eröffnung einer Voruntersuchung von Amts wegen beschließt (§§ 176 Abs. 2, 200).

Hiernach ist dem Staatsanwalt in der Veranlassung einer Voruntersuchung der weiteste Spielraum gelassen. Irgendwelche Gründe braucht er seinem Antrage nicht beizufügen, sofern nur die Sache zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört und die Person des Täters und die ihm zur Last gelegte Handlung bezeichnet sind (§ 177). Ob ihn die Schwierigkeit der Sache, die eine Verwendung der Polizei zu den Ermittlungen untunlich erscheinen läßt, ob ihn der bevorstehende Ablauf der Fristen des § 126 oder ob ihn die Unlust, sich selbst mit einer umfangreichen oder schwierigen Sache zu beschäftigen bzw. den Polizeiorganen in ihrer Tätigkeit die nötigen Anweisungen zu erteilen, zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Voruntersuchung veranlassen, ist völlig unerheblich.

Anders liegt die Sache, wenn der Beschuldigte die Eröffnung der Voruntersuchung beantragt. Er muß erhebliche Gründe für seinen Antrag geltend machen. Wieweit der Antrag aber durch sie gerechtfertigt erscheint, ist dem Ermessen des Gerichts zu entscheiden überlassen. Auch kann der Beschuldigte den Antrag nur stellen, wenn bereits gegen ihn die öffentliche Klage durch Einreichung einer Anklageschrift des Staatsanwalts bei Gericht erhoben ist, und naturgemäß nur, solange das Hauptverfahren zu eröffnen noch nicht beschlossen ist.

In dem Falle, daß das Gericht von Amts wegen, anstatt das Hauptverfahren zu eröffnen oder den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen, die Eröffnung der Voruntersuchung beschließt, findet sie ihre einfachste Regelung, da der Beschluß nicht anfechtbar ist. Der Untersuchungsrichter ist ohne weiteres verpflichtet, die Voruntersuchung zu führen (§ 200 Abs. 2).

Die Voruntersuchung ist unzulässig in Sachen, die zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören, außer in dem Falle einer Verbindung infolge eines Zusammenhangs (§ 177). Dies hindert natürlich nicht, daß sich erst im Lauf einer Voruntersuchung herausstellt, daß es sich um eine schöffengerichtliche Sache handelt.

Für Sachen, die zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, ist die Bestellung des Untersuchungsrichters besonders geregelt gemäß § 184. Doch kann die Art der Bestellung hier nicht interessieren, wo es lediglich auf seine Funktion ankommt.

Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung ist regelmäßig an den Untersuchungsrichter zu richten. Er muß, wie schon gesagt, die Person des Beschuldigten und die ihm zur Last gelegte Tat bezeichnen. Einen weiteren Inhalt braucht er nicht zu haben. Der Untersuchungsrichter hat die Voruntersuchung antragsgemäß zu eröffnen und zu führen (§ 182), falls nicht der Antrag unzulässig ist wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder der Voruntersuchung, oder weil die in dem Antrag bezeichnete Tat nicht unter ein Strafgesetz fällt. In diesen Fällen ist aber nicht er befugt, den Antrag abzulehnen. Die Ablehnung kann nur durch einen Beschluß des Gerichts ausgesprochen werden (§ 178); der Untersuchungsrichter hat also in solchen Fällen die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Teilt dieses eventuell nach eingelegter Beschwerde (§ 180) die Bedenken des Untersuchungsrichters nicht, so eröffnet es die Voruntersuchung, die der Untersuchungsrichter dann zu führen hat[1].

[1] Es ist eine Streitfrage, ob nicht in diesem Falle nur der Antrag des Untersuchungsrichters, den Antrag der Staatsanwaltschaft abzuweisen, zurückzuweisen ist, so daß also die dann notwendige Eröffnung der Voruntersuchung dem Untersuchungsrichter überlassen bleibt. Praktisch ist die Frage von geringer Bedeutung. Das Verfahren ist denn auch bald so, bald so.

In gleicher Weise hat nur das Gericht und nicht der Untersuchungsrichter über die Eröffnung der Voruntersuchung zu beschließen, wenn der Beschuldigte dieselbe beantragt. Dieser kann den Antrag ja auch nur bei dem Gericht stellen. Eine Anfechtung des Gerichtsbeschlusses ist dem Beschuldigten nach Maßgabe der Bestimmungen in § 180 Abs. 1 und § 181 gegeben (§ 199 Abs. 3).

§ 9. Die Stellung der Beteiligten in der Voruntersuchung.

Bei der Stellung der Beteiligten in der Voruntersuchung ist davon auszugehen, daß Träger der Voruntersuchung ausschließlich der Untersuchungsrichter[1] ist. Er hat in ihr die gleiche Stellung, die im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwalt hat. Sein Ermessen ist also allein dafür maßgebend, auf welche Punkte sich die Ermittlung zu beziehen und in welcher Weise sie zu erfolgen hat. Nur ist ihm die Vernehmung des Beschuldigten zwingend vorgeschrieben. Er kann sich zwar ebenso wie der Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren der Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes zur Ausführung von Ermittlungen aller Art bedienen (§ 187); er kann auch die Amtsrichter, sofern sie nicht mit ihm denselben Amtssitz haben, um die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen ersuchen (§ 183, Abs. 2), aber prinzipiell soll er selbst und nicht durch Vermittlung anderer Personen in der Untersuchung tätig werden.

Der Untersuchungsrichter ist aber über die dem Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren zustehende Befugnis hinaus auch zur Vornahme der Untersuchungs-

Vgl. dazu von Kries, Lehrbuch, S. 491, § 61, Anm. 1, und Löwe, a. a. O. § 178, Note 8.

[1] Daß derselbe auch ein Amtsrichter sein kann, ist hier ebenso belanglos wie die Ernennung des Untersuchungsrichters in Reichsgerichtssachen.

handlungen berechtigt, die im Ermittlungsverfahren dem Amtsrichter vorbehalten sind. Der Konstruktion des gesamten Verfahrens entsprechend — die den Amtsrichter in seinen richterlichen Anordnungen über dem Staatsanwalt und dem Beschuldigten stehend erscheinen lassen will, ein Gleiches aber mit dem Untersuchungsrichter nicht wohl tun kann, da er wesentlich staatsanwaltliche Funktionen mitausübt — bestehen allerdings auch hiervon einige Ausnahmen, wie überhaupt wichtigere Entscheidungen, wie Freilassung des Beschuldigten aus der Haft bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, die Anordnung, daß der Angeschuldigte in eine öffentliche Irrenanstalt gebracht werde (§ 81), dem Gericht vorbehalten sind.

Dem Untersuchungsrichter steht auch prinzipiell uneingeschränkt die Entscheidung darüber zu, wie weit er die Ermittlungen ausdehnen will. § 188 bestimmt allerdings, die Voruntersuchung sei nicht weiter auszudehnen als erforderlich ist, um eine Entscheidung darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen ist. Wann dieser Zweck aber erreicht ist, kann lediglich der Untersuchungsrichter zu entscheiden haben[1]. Bestimmen wird sich die Ausdehnung der Voruntersuchung praktisch auch nach dem Ergebnis der ihr vorhergegangenen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen. Zwingend vorgeschrieben ist lediglich die Vernehmung des Beschuldigten (§ 190), bei der der Untersuchungsrichter ihm die Verfügung, durch welche die Voruntersuchung eröffnet worden ist, bekannt zu machen hat. Wann aber die Vernehmung erfolgt, ob zu Anfang oder im Verlauf der Voruntersuchung, ist dem Ermessen des Untersuchungsrichters überlassen. Formell

[1] Wenn also auch der Zweck der Voruntersuchung durch die angeführte Bestimmung genau angegeben ist, so besteht doch keine Kontrolle darüber, daß der Untersuchungsrichter diesen Zweck richtig interpretiert.

ist die Tätigkeit des Untersuchungsrichters jedoch in gewisser Weise beschränkt. Die Untersuchung soll sich nur beziehen auf die in dem staatsanwaltschaftlichen Antrage bezeichnete Tat und die in ihm beschuldigte Person (§ 153). Ergeben sich Verdachtsmomente gegen weitere Personen oder für das Vorliegen weiterer Straftaten, so sind demnach neue Anträge der Staatsanwaltschaft zu veranlassen. Nur bei Gefahr im Verzuge kann dies unterbleiben (§ 189). Über alle Untersuchungshandlungen ist ein Protokoll aufzunehmen (§ 186). Ob dies mehr oder weniger eingehend zu gestalten ist, muß sich aus dem Zweck seiner Verwendung ergeben. Jedenfalls ist dem Untersuchungsrichter darüber nichts vorgeschrieben.

Die Stellung des Staatsanwalts in der Voruntersuchung tritt naturgemäß hinter der des Untersuchungsrichters stark zurück. Es bedarf jedoch seiner ausdrücklichen Genehmigung, wenn der Untersuchungsrichter den Beschuldigten aus der Haft entlassen will (§ 124). Im übrigen ist ihm ausdrücklich das Recht eingeräumt, jederzeit vom Stande der Untersuchung durch Akteneinsicht Kenntnis zu nehmen — soweit das Verfahren hierdurch nicht aufgehalten wird — und die ihm geeignet scheinenden Anträge zu stellen (§ 194). Auch ist der Staatsanwaltschaft das Recht der Anwesenheit für die endgültigen Beweisaufnahmen zugestanden (§ 191). Für die übrigen Akte fehlt es an besonderen Bestimmungen. Ausdrücklich bestimmt ist nur, daß der Staatsanwalt nicht zugegen sein darf bei der Vernehmung des Beschuldigten.

Dieser selbst ist in der gerichtlichen Voruntersuchung nicht wesentlich anders gestellt als im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren. Der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung wird ihm nur mitgeteilt, wenn der Untersuchungsrichter ihm stattgibt, aber auch dann erst bei seiner Vernehmung. Zwar ist diese, wie gesagt, zwingend vorgeschrieben, nicht vorgeschrieben aber ist dabei, daß dem Beschuldigten bei dieser Gelegenheit

die Ergebnisse der bisherigen Ermittlungen mitzuteilen seien. Bei seiner Vernehmung kann er Anträge auf Beweiserhebungen stellen, aber ob ihnen stattgegeben wird, hängt von der unanfechtbaren Entscheidung des Untersuchungsrichters ab, die dem Beschuldigten nicht bekanntgegeben zu werden braucht. Das Recht der Akteneinsicht, welches durch einen Verteidiger ausgeübt werden muß, hat der Beschuldigte nur, wenn dies den Untersuchungszweck nicht gefährdet (§ 147, Abs. 1 u. 2). Einen Anspruch darauf, den einzelnen Untersuchungshandlungen beizuwohnen, hat der Beschuldigte nur, wenn es sich um endgültige Beweisaufnahmen handelt.

Der Schluß der gerichtlichen Voruntersuchung erfolgt durch Verfügung des Untersuchungsrichters, wenn er ihren Zweck für erreicht hält (§ 195). Dabei ist es gleichgültig, durch wen und auf wessen Antrag die Voruntersuchung eröffnet worden ist. Von dem Schluß der Voruntersuchung ist der Angeschuldigte in Kenntnis zu setzen. Die Staatsanwaltschaft erhält die Akten. Sie kann dann noch Ergänzung der Voruntersuchung beantragen. Will der Untersuchungsrichter dem nicht entsprechen, so hat er die Entscheidung der Strafkammer einzuholen (§ 192, 2).

Ist die Voruntersuchung beendet, so hat sich endlich die Staatsanwaltschaft, ebenso wie bei dem Schluß des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens in den Sachen, in denen eine Voruntersuchung nicht oder noch nicht stattgefunden hat, darüber zu entscheiden, ob sie die öffentliche Klage vor Gericht erheben will oder nicht. In ersterem Falle reicht sie bei dem Gericht eine Anklageschrift ein. In letzterem Falle aber verfügt sie nicht, wie ihr dies bei Sachen möglich ist, in denen eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat, die Einstellung des Verfahrens, sondern sie muß bei Gericht die Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten beantragen. Wie diese Anträge der Staatsanwaltschaft weiter verfolgt, die Entscheidungen über sie auch angefochten werden können, fällt aus dem Rahmen dieser

Betrachtungen heraus, da dies zum eigentlichen Vorverfahren nicht gehört, sondern zum sogenannten Hauptverfahren.

V.

Das Vorverfahren im System des geltenden Strafprozesses. Die Notwendigkeit und die Möglichkeiten einer Reform.

§ 10. Systematische Stellung des Vorverfahrens.

Prüft man nun das oben geschilderte Vorverfahren daraufhin, ob es sich auf einen einheitlichen, in systematischer Konsequenz entwickelten Gedanken zurückführen läßt, so ergibt sich, daß ihm nach dieser Richtung ein unleugbarer Mangel anhaftet. Dieser ist in der Einteilung des Vorverfahrens in ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren und die gerichtliche Voruntersuchung zu erblicken.

Bei dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren ist die Staatsanwaltschaft diejenige Behörde, die das Material zu sammeln hat, auf Grund dessen sie sich darüber schlüssig wird, ob sie Klage erheben soll oder nicht. Dem Verdächtigen oder Beschuldigten steht es dabei der Idee nach frei, seinerseits Entlastungsmaterial zu sammeln. Die Staatsanwaltschaft bereitet eben wie eine Partei[1] die Klageerhebung vor, und soweit sie hierbei richterliche Mitwirkung in Anspruch nehmen muß, steht dies prinzipiell auch dem Beschuldigten frei zur Vorbereitung seiner Verteidigung. Daß praktisch allerdings nach dieser Richtung hin seine Befugnisse nicht völlig denen der Staatsanwaltschaft gleich sind, daß insbesondere der Beschuldigte von dem gegen ihn schwebenden Ermittlungsverfahren Kenntnis notwendig

[1] Daß sie tatsächlich auch Partei ist, wird an anderer Stelle noch ausgeführt werden.

nicht zu haben braucht und demgemäß unter Umständen eine Verteidigung überhaupt nicht vorbereiten kann, ändert an dem System des Ermittlungsverfahren nichts.

Eine durchaus unklare und widerspruchsvolle Stellung im Strafprozeß nimmt aber die Voruntersuchung ein. Zwar dient sie in ihrem Erfolge demselben Zweck wie das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren, nämlich der Aufklärung aller zur Beurteilung des ihren Gegenstand bildenden Falles in Betracht kommenden Tatumstände. Aber ihr Träger ist nicht der Staatsanwalt oder sein Beauftragter, sondern ein Richter, der seine Maßnahmen selbständig trifft, der aber anderseits das gesammelte Material der Staatsanwaltschaft wieder vorzulegen hat zur Entscheidung darüber, ob eine Anklage zu erheben sei oder nicht[1].

Um sich über die prozessuale Bedeutung und die Berechtigung der Voruntersuchung nach Schaffung der Anklagebehörde klar zu werden, ist es nötig, die Stellung ihres Trägers zu präzisieren. Es handelt sich also um die Beantwortung der Frage: Was ist der Untersuchungsrichter seiner prozessualen Stellung nach? Ist er überhaupt ein Richter im prozessualen Sinne[2]?

---

[1] Daran wird auch nichts geändert durch die Tatsache, daß die Einstellung einer Strafverfolgung in den Fällen, in denen eine Voruntersuchung stattgefunden hat, nicht durch die Staatsanwaltschaft erfolgen kann, sondern der Entscheidung durch das Gericht unterworfen ist. Denn zur Herbeiführung des Gerichtsbeschlusses muß der Staatsanwalt seine Anträge stellen, er muß sich tatsächlich also doch darüber klar werden, ob er Anklage erheben soll oder nicht. Eine abweichende Entscheidung des Gerichts hat damit nichts zu tun. Bei einer im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren durch den Staatsanwalt selbständig verfügten Einstellung kann ja auch auf die Beschwerde des Verletzten durch einen Gerichtsbeschluß die Erhebung der Anklage angeordnet werden.

[2] Partei ist er ja zweifellos im Sinne des heutigen Strafprozesses nicht, kann dies auch nicht sein, nachdem dem in der Untersuchung tätigen Richter seine Parteienaufgabe der Anklageerhebung genommen ist, er auch nicht der Anklagebehörde als deren bloßes Hilfswerkzeug beigeordnet ist.

Die Berechtigung dieser Fragestellung wird vielleicht Zweifel erregen, da dabei ein neuer Begriff, „Der Richter im prozessualen Sinne“ eingeführt wird. Es läßt sich der Einwand denken, daß dieser Begriff überflüssig und irreführend ist, da das Gesetz selber von ihm keinen Gebrauch macht. Aber diese Argumentation würde das Wesen der systematischen Bemühung verkennen. Dieses besteht aber darin, den Zusammenhang einzelner Rechtssätze durch den Nachweis darzutun, daß deren Inhalt in Abhängigkeit und Beziehung zu höheren Rechtsbegriffen steht. Diese übergelagerten Rechtsbegriffe aber werden zu diesem Zwecke gebildet. Das Gesetz verwendet auch die Ausdrücke „Parteifähigkeit“, „Prozeßfähigkeit“, „Legalitätsprinzip“ nicht; im System sind sie nicht zu entbehren. Aber diese Unterordnung unter selbstgeschaffene Rechtsbegriffe weist zugleich auf eine Gefahr: dem formalen Denken ist es möglich, auf solche Weise die disparatesten Sätze im System zu vereinigen. Deshalb ist es wichtig zu betonen: Die in der juristischen Einzelsystematik verwandten Begriffe werden nicht ausschließlich den Sätzen entnommen, die dem Systematiker zur Behandlung gegeben sind. Nur so rechtfertigt sich das doch allgemein geübte Urteil, daß der eine oder der andere Satz aus dem System herausfällt. Die vorliegende Arbeit muß sich auf die Konstatierung dieser Übung beschränken und aus ihr die Berechtigung ihrer eigenen Methode herleiten, zumal das eigentliche Problem, die juristische Begriffsbildung, noch keiner annähernden Lösung zugeführt ist. Nur eine weitere Tatsache sei hervorgehoben: Die Begriffe, an denen das geltende Recht so gemessen wird, sind historische Produkte. Damit ist nicht etwa eine logische Verwischung systematischer und historischer Betrachtung beabsichtigt. Daß aber gerade diese Begriffe — Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Legalitätsprinzip — das Systemgerüst bilden, hat auch historische Bedeutung und Berechtigung. Der Richter soll richten: einen Prozeß entscheiden. Der „reine Richter“ ist also der, der nichts

tut als richten. Die Belastung der Person, die dieses Geschäft wahrzunehmen hat, mit anderen Geschäften, ist geeignet, den Begriff des Richters zu verwischen. Die historische Entwicklung weist eine Tendenz auf, den Richter nur als Richter sich betätigen zu lassen. Diese Tendenz wird durch das heutige Recht abgelenkt So findet die Aufstellung des Richterbegriffs im prozessualen Sinne eine Rechtfertigung aus der historischen Betrachtung. Und diese, wenn auch nicht logische Verwandtschaft läßt schon hier die Gewißheit entstehen, daß in unserem kritischen Endresultat die historische, d. i. die praktische Forderung sich nicht allzu weit von der systematischen entfernen wird.

§ 11. Der Begriff des Richters im prozessualen Sinn.

Die Beantwortung der oben gestellten Frage, ob der Untersuchungsrichter überhaupt ein Richter im prozessualen Sinne ist, erfordert zunächst eine Präzisierung des Begriffs: „Richter im prozessualem Sinne". Diese Präzisierung ist dann weiter entscheidend für die Beurteilung der Berechtigung der Voruntersuchung. Denn ist der Untersuchungsrichter nicht Richter im prozessualen Sinne, so fehlt ihm und damit der Voruntersuchung jede prozessuale Stellung und theoretische Berechtigung, wofern im Prozeß kein Raum ist für andere Beteiligte als die Parteien und den Richter. Von etwaigen praktischen Erwägungen muß dabei vorläufig abgesehen werden.

Die einzige gesetzliche Bestimmung, die die Stellung des Richters charakterisiert, ist der § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Er lautet: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt", d. h. aber bez. der Stellung dieser Gerichte bzw. der das Gericht bildenden Richter nichts anderes als: Der Richter ist ein unabhängiger, nur dem Gesetz unterworfener Beamter. Damit sind jedoch die Erfordernisse nicht erschöpft, deren Erfüllung den

Richter im prozessualen Sinne ausmacht. Der § 1 GVG. weist dem Richter eben lediglich seine besondere privilegierte Beamtenstellung zu. Er sagt nichts über den Beruf des Richters, über seine Tätigkeit, seine Aufgaben. Zwar ist jeder Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, aber, wer unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist, ist deshalb allein noch kein Richter im prozessualen Sinne. So wenig wie uns also der § 1 GVG. eine Definition des Richters, seines Berufes und seiner Tätigkeit überhaupt gibt, so wenig beantwortet er die gestellte Frage, wer als Richter im strafprozessualen Sinne anzusehen ist. Um diese Frage beantworten zu können, handelt es sich darum, festzustellen, worauf erstreckt sich die Tätigkeit, die Aufgabe, der Beruf des Richters im Prozeß und namentlich im Strafprozeß.

Ein gerichtliches Streitverfahren, ein Prozeß erfordert seiner Natur nach die Tätigkeit zweier Parteien und eines Richters. Seitens der einen Partei wird ein bestimmter rechtlicher Anspruch gegen die andere geltend gemacht. Diese verteidigt sich ihrerseits gegen den Anspruch. Die Entscheidung in diesem Streite fällt der Richter, und zwar generell auf Grund des Vorbringens der Parteien und der von ihnen erbrachten Beweise[1]. Im Strafprozeß ist in der Beschaffung der für die Entscheidung erforderlichen Grundlagen dem Gericht jedoch aus praktischen und politischen Gründen ein weiter Spielraum gelassen. In ihm hat der Richter nicht nur die Entscheidung auf Grund des ihm von den Parteien vorgelegten Materials zu treffen, sondern er hat gemäß dem aus der historischen Entwicklung sich ergebenden sogenannten Inquisitionsprinzip den der Klage zugrunde liegenden Sachverhalt ohne Rücksicht auf das Parteivorbringen selbsttätig zu erforschen. Er hat auch, anders als im Zivilprozeß, immer über Grund und Höhe des Anspruchs zu entscheiden. Daraus

[1] Zu der Frage der Parteien im Strafprozeß vgl. Suess: Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozeß. Wien 1898.

ergibt sich eine dreifache Aufgabe des Richters im Strafprozeß. Er muß

1. objektiv sein, d. h. nicht Partei bei der Feststellung des der Klage zugrunde liegenden Sachverhalts;

2. prüfen, ob die Ergebnisse seiner Feststellungen unter eine Bestimmung des materiellen Rechts zu subsumieren sind, und

3. in logischer Schlußfolgerung hieraus unter eventueller Berücksichtigung der Höhe des begründeten Anspruchs das Urteil fällen.

Diese letztere Aufgabe aber, die die Entscheidung bringt, ist der Endzweck der richterlichen Tätigkeit im Strafprozeß[1]. Die Aufgabe der objektiven Feststellung und der Subsumtion des Feststellungsergebnisses unter einen gesetzlichen Tatbestand führen nur diesem Ziele zu. Damit sind sie zwar notwendige Aufgaben des Richters, aber die eine oder die andere von ihnen machen allein den Richter nicht aus. Wenn hier der Einwand erhoben werden könnte, daß die Geschworenen, die doch nur die erste und zweite der angegebenen Aufgaben zu erfüllen haben, auch Richter seien, so mag dies für die Ausnahmekonstruktion des Schwurgerichts nicht bestritten werden, obwohl § 317 StPO. den urteilfällenden Richtern im Schwurgericht eine Möglichkeit der Korrektur des Geschworenenspruchs bietet; jedenfalls aber kann nicht bezweifelt werden, daß die Erfüllung der Aufgabe, den Sachverhalt

---

[1] In ihrer Definition des Strafprozesses kommen von Kries (Lehrbuch, S. 4) und Birkmeyer (a. a. O. S. 1) zu dem gleichen Resultat. Birkmeyer und Glaser (a. a. O. S. 3 f.) rechnen die eventuell zwangsweise Durchführung des festgestellten Strafanspruchs ebenfalls zu den Aufgaben des Strafprozesses, während Binding (Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1904, S. 5) richtigerweise der Ansicht ist, daß der Vollzug des Urteils mit dem Strafprozeß als solchem nichts zu tun hat: „Zur Ausübung des Strafrechts ist der Strafprozeß das unentbehrliche Durchgangsstadium.“ Gesetzlich hat ja auch der Prozeßrichter mit der Strafvollstreckung nichts zu tun, weshalb die hier festgestellten Aufgaben des Prozeßrichters dessen Aufgabenkreis auch völlig erschöpfen.

objektiv festzustellen, allein den Richter nicht ausmacht. Der Richter ist zwar immer objektiv, weil er nicht Partei ist, aber, wer objektiv ist, ist deshalb noch nicht Richter[1]. Daß auch der Untersuchungsrichter objektiv, d. h. nicht Partei ist, bedarf nun wohl keiner weiteren Ausführung. Er ist ja nur in den Prozeß hineingekommen, um schon im Vorverfahren einen Faktor zu haben, der, ohne an Parteien gebunden zu sein, den Sachverhalt feststellt, auf Grund dessen das weitere Verfahren vonstatten geht. Aber er ist deshalb noch kein Richter im prozessualen Sinne. Für die Annahme aber, daß er ein solcher wäre, könnte man folgendes geltend machen:

1. Der Untersuchungsrichter darf einen Haftbefehl erlassen, der doch eine prozessuale Entscheidung enthält.

2. Er darf in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht antizipierte endgültige Beweisaufnahmen vornehmen.

3. Er darf Zeugen eidlich vernehmen.

Aber sind dies alles tatsächlich prozeßrichterliche Handlungen und Entscheidungen, die die Lösung der Endaufgabe richterlicher Tätigkeit bedeuten? Es ist schon oben ausgeführt, daß es sich bei Entscheidungen im Prozeß, die den Entscheidenden zum Richter machen, nur um urteilsmäßige Entscheidungen über den Strafanspruch handeln kann, daß aber die Vornahme sogenannter richterlicher Handlungen, wie Beeidigung von Zeugen und Aufnahme von Beweisen, denjenigen, der sie tätigt, nicht zum Richter in prozessualem Sinne macht. Aus diesem Gesichtspunkt erledigen

[1] Was die nötige Präzisierung des Begriffs „objektiv" angeht, so ist oben schon angegeben, was im Prozeß hierunter zu verstehen ist: „objektiv" kann nichts anderes heißen als „nicht Partei". Es kann nicht etwa bedeuten, daß es sich hierbei um etwas absolut Tatsächliches handelt. Etwas Derartiges kann z. B. sehr wohl eine Partei vorbringen, und doch ist eine wesentlich andere gerichtliche Feststellung die „objektive" im Sinne des Prozesses.

sich die Einwände zu 2 und 3 von selbst. Nimmt der Untersuchungsrichter antizipierte Beweisaufnahmen vor oder vereidigt er Zeugen, so mag er damit als Urkundsperson erscheinen oder wie der ersuchte Richter im Zivilprozeß. Es ist dabei noch zu berücksichtigen, daß, falls der in der Voruntersuchung eidlich vernommene Zeuge in der Hauptverhandlung wieder vernommen wird, seine eidliche Bekundung in der Voruntersuchung nicht maßgebend zu sein braucht für die Entscheidung des erkennenden Gerichts. Man hat eben dem Untersuchungsrichter gerade die Vornahme dieser Handlungen übertragen, weil einmal die Staatsanwaltschaft als Partei diese Funktionen nicht wohl übernehmen konnte, dann aber auch, weil man aus der praktischen Erwägung, daß ein unabhängiger richterlicher Beamter die nötige Sicherheit für Objektivität in diesen Angelegenheiten biete, keine Bedenken tragen zu müssen glaubte, dem Untersuchungsrichter, der einmal mit der Sache betraut ist, auch diese Obliegenheiten zu übertragen.

Von erheblicherem Gewicht kann daher gegen die Auffassung, daß der Untersuchungsrichter gar kein Richter im prozessualen Sinne ist, nur der Einwand erscheinen, daß er Haftbefehle zu erlassen befugt ist und daß der Erlaß eines Haftbefehls eine Entscheidung bedeute. Und tatsächlich bedeutet auch der Erlaß bzw. die Ablehnung des Antrages auf Erlaß eines Haftbefehls eine Entscheidung. Aber diese Entscheidung, und darauf kommt es schließlich allein an, ist eben keine Entscheidung, die den Entscheidenden zum Richter macht, sie ist keine urteilsmäßige Entscheidung über den Strafanspruch. Der Erlaß eines Haftbefehls ist lediglich eine Maßregel zur Sicherung der Geltendmachung eines vermeintlichen Strafanspruchs. Ob der Haftbefehl erlassen wird oder nicht, bedeutet keine Entscheidung in der Sache. Er ist also von Bedeutung lediglich für den Gang des Prozesses, nur auf diesen erstreckt sich seine Wirkung. Für die tatsächliche

Entscheidung, ob ein Strafanspruch begründet ist oder nicht, kommt er nicht in Betracht. Der Einwand also, daß der Untersuchungsrichter einen Haftbefehl erlassen kann, ist ebenfalls nicht geeignet zur Widerlegung der Feststellung, daß der Untersuchungsrichter nicht Richter ist im prozessualen Sinne, da das Kriterium strafprozeßrichterlicher Tätigkeit, die Aufgabe der Entscheidung über das Bestehen eines Strafanspruchs, seiner Tätigkeit fehlt.

Da er aber anderseits auch keine Parteistellung hat — es ist dies weiter oben schon ausgeführt worden —, so kann die gestellte Frage: Was ist der Untersuchungsrichter seiner prozessualen Stellung nach? nur so beantwortet werden: Nach dem Begriff des Strafprozesses hat der Untersuchungsrichter, wie wir ihn im heutigen Strafprozeß haben, überhaupt keine klare Stellung. Er ist weder Richter noch Partei, und nur diese bilden die Prozeßpersonen.

Mit alledem fehlt aber auch der gerichtlichen Voruntersuchung ihre Berechtigung und prozessuale Bedeutung, sofern nicht praktische Erwägungen oder elementare Forderungen des Rechtsgefühls für sie sprechen.

Ob sie deshalb bei einer Reform des Strafprozesses abzuschaffen oder ob ihr nur eine andere Fassung zu geben ist, um sie dem System des Strafprozesses zwanglos einfügen zu können, soll im folgenden untersucht werden.

§ 12. Die Reformbedürftigkeit des geltenden Vorverfahrens.

Zur Untersuchung, wie eine Reform sich zur Voruntersuchung der heutigen Strafprozeßordnung zu stellen hat, ist nach der Feststellung, daß die geltende Regelung der Voruntersuchung im Vorverfahren eine prozessuale Berechtigung nicht hat, zu erörtern, welche Aufgaben, welche Funktionen sie denn erfüllt. Danach wird ihre Neuordnung, wie sie der Forderung nach einem syste-

matischen Aufbau des Prozesses entsprechen würde, zu erfolgen haben. Aufgabe und Zweck der Voruntersuchung kommen aber in der Funktion des Untersuchungsrichters zum Ausdruck.

Dieser ist, wie wir gesehen haben, nicht Richter und nicht Partei, aber er übt Funktionen aus, die teils prozeßrichterlicher, teils parteilicher Natur sind. Seine Hauptaufgabe, die Ermittlung materieller Wahrheit, zeigt dieses aufs deutlichste. Denn die Ermittlung materieller Wahrheit, die dem Untersuchungsrichter in der Voruntersuchung obliegt, ist Aufgabe auch sowohl des Gerichts als der Staatsanwaltschaft, wenn auch aus ganz heterogenen Gründen.

Im heutigen Strafprozeß ist, wie schon gesagt, das Inquisitionsprinzip in Geltung, d. h. das Gericht hat unter Prüfung und Berücksichtigung aller mit der Tat irgendwie in Beziehung stehenden Umstände den wahren Sachverhalt, unabhängig von dem Vorbringen der Parteien, zu erforschen. Die gleiche Aufgabe hat aber auch die Staatsanwaltschaft, die damit der Idee nach über sich selbst gestellt wird. Allerdings ist dies nicht auf das Inquisitionsprinzip zurückzuführen, denn dieses kann seiner Natur nach nur ein gerichtliches sein, sondern eine Folge praktischer und politischer Erwägungen.

Seiner Idee nach ist der Staatsanwalt als der Prozeßgegner des Beschuldigten anzusehen[1]. Was er als

[1] Es wird dies zwar auch von wissenschaftlicher Seite bestritten, aber es ist doch davon auszugehen, daß der gegen den Verbrecher geltend zu machende Strafanspruch von irgend jemand geltend gemacht werden muß. Wenn dies nach allgemeiner Ansicht der Staat durch die Staatsanwaltschaft besorgt, so ist der Staat dem Verbrecher gegenüber im Prozeß um den Anspruch Partei, nicht minder aber sein Organ, die Staatsanwaltschaft. Daß sie eine Partei eigener Art ist, kann hieran nichts ändern. Darin, daß der Staatsanwalt für eine Partei erklärt wird, liegt keine Herabsetzung der Staatsanwaltschaft oder gar des Staates. Es sind rein gefühlsmäßige Erwägungen ohne wissenschaftliche Berechtigung, wenn man unter Berufung auf die

solcher im Vorverfahren zu tun hat, kann also prinzipiell nur die Sammlung von Material sein, das er seiner Klage zugrunde legen kann, ohne gleichzeitige Wahrung der Interessen seines Prozeßgegners[1]. Das gleiche Recht bezüglich seiner Verteidigung müßte dann ideell auch sein Gegner haben, beide Parteien aber lediglich das von ihnen gesammelte parteiliche Material dem Gericht vorlegen, das dann allerdings seinerseits nach dem Inquisitionsprinzip die noch erforderlich scheinenden Erhebungen von Amts wegen vorzunehmen hätte. Nun ist aber der Staatsanwalt behördlicher Vertreter des Staates, des Gesamtheitsinteresses gegenüber dem Individuum. Er hat damit eine seinem Gegner an sich erheblich überlegene Stellung, die der Staat aus politischen Erwägungen heraus noch insofern hob, als er ihm schon im Vorverfahren die Hilfe richterlicher, also nach ihrer Vorbildung hierzu vorzüglich geeigneter Beamten gab. Hierin lag zweifellos vom theoretischen Standpunkte aus eine Inkonsequenz. Dies wurde auch nicht verkannt, und so hat denn der Staat die aus politischen und praktischen Rücksichten einmal so überragend gestaltete Stellung des Staatsanwalts zum Ausgleich auch wieder mit einer besonderen Pflicht belastet, die über die Parteienpflicht hinausgeht. Man fügte

Autorität des Staates dem Staatsanwalt eine Stellung über den Parteien zuerkennen will. Partei bedeutet in einem Zusammenhang wie dem vorliegenden immer nur die Bezeichnung einer bestimmten prozessualen Stellung und bestimmter prozessualer Funktionen. Auch im Entmündigungsverfahren kann der Staatsanwalt unbeschadet der Würde des Staates Partei sein. Mit der Berufung auf die Würde des Staates ließe sich auch begründen, daß das Gericht nicht von dem Antrag des Staatsanwalts abweichen darf, und müßte konsequent ein Selbstwiderspruch des Staates gefunden werden, wenn derselbe Staat durch den Staatsanwalt eine Bestrafung verlangt und sie dann durch das Gericht sich selbst verweigert. Es bedarf außerdem der Hervorhebung, daß der Staatsanwalt nicht wegen Befangenheit abgelehnt werden kann, wodurch er in Gegensatz zu dem über den Parteien stehenden Richter gestellt ist.

[1] Vgl. Birkmeyer, a. a. O. S. 376, § 64, I.

der einmal begangenen Inkonsequenz eine weitere hinzu, indem man dem Staatsanwalt zur Pflicht machte, bei der Sammlung des klagebegründenden Materials auch die Tatsachen zu ermitteln und seiner Entschließung über die Klageerhebung zugrunde zu legen, die für die Entlastung des Beschuldigten dienen können. So ergab sich für die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren der gleiche Grundsatz, wie er für das Gericht durch die Inquisitionsmaxime gegeben war. Der Untersuchungsrichter aber, der nach demselben Prinzip seine Tätigkeit zu entfalten hat, wurde damit in seiner Funktion zu einem Zwitter zwischen Gericht und Staatsanwalt, die Voruntersuchung in ihrem Zweck zu einer Verbindung für die Lösung gerichtlicher und parteilicher Aufgaben.

Diese Tatsache aber findet auch in der gesetzlichen Regelung der Voruntersuchung greifbaren Ausdruck. Denn daß er die Regelung der Voruntersuchung, wie er sie getroffen hat, nicht als eine befriedigende Lösung empfindet, verrät der Gesetzgeber durch die widerspruchsvolle Ordnung der Klageerhebung. Er bezeichnet nämlich einmal als Erhebung der öffentlichen Klage den Antrag auf Eröffnung und Führung der Voruntersuchung, dann aber nennt er es ebenfalls Erhebung der öffentlichen Klage, wenn der Staatsanwalt nach beendigter Voruntersuchung den Antrag stellt auf Eröffnung des Hauptverfahrens. Er läßt also damit unter Umständen in einem Verfahren zweimalige Klageerhebung erfolgen. Indem er aber dieses tut, läßt er einmal den Untersuchungsrichter als Richter im prozessualen Sinne erscheinen, denn nur bei diesem kann nach der Natur des Prozesses Klage erhoben werden, läßt ihn aber dann wieder als bloßen Hilfsarbeiter der Staatsanwaltschaft auftreten, indem er den Staatsanwalt auf Grund des durch den Untersuchungsrichter gesammelten Materials die Klage bei dem erkennenden Gericht erheben läßt. Der Gesetzgeber hat diesen Widerspruch zu begründen oder zu erklären selbst nicht für nötig befunden.

Der Fehler dieser Konstruktion ist aber, abgesehen von dem Widersinn der eventuellen nochmaligen Klageerhebung vor Gericht, mit einer gewissen Konsequenz durchgeführt worden, denn der Gesetzgeber hat dem Staatsanwalt für den Fall, daß einmal eine Voruntersuchung eröffnet ist, die Befugnis genommen, das begonnene Verfahren nunmehr noch einseitig einstellen zu können. Für diese Regelung war offenbar der Umstand maßgebend, daß der Gesetzgeber den Untersuchungsrichter für einen Richter im prozessualen Sinne und den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung für eine tatsächliche Erhebung der öffentlichen Klage gehalten hat, wozu weiter noch die Auffassung trat, daß, anders als im Zivilprozeß, eine Zurückziehung der Klage, also eine Einstellung durch die prozeßbetreibende Partei, nicht erfolgen könne, da es „ebensosehr dem Wesen einer Strafsache, als der Würde des strafrichterlichen Amtes entspreche, daß der Fortgang der Sache nach erhobener Klage nicht mehr dem einseitigen Ermessen der Staatsanwaltschaft unterstellt bleiben darf, die Klage vielmehr durch richterliche Entscheidung ihre Erledigung finden muß“[1].

Es ist aber auch schon gesagt worden, daß der Gesetzgeber den Fehler der Klageerhebung vor dem Untersuchungsrichter nur mit einer gewissen Konsequenz durchgeführt hat. Er hat zwar dem Staatsanwalt logischerweise die Befugnis zur Einstellung genommen, er hat sie aber nicht etwa dem Untersuchungsrichter übertragen, sondern dem Gericht. Richtig wäre es gewesen, wenn nun der mit der Sache betraute vermeintliche Richter auch die Entscheidungsbefugnis darüber erhalten hätte, ob die erhobene Klage weiter zu verfolgen oder hiervon Abstand zu nehmen sei. Vor ihm ist die Klage erhoben, und man sollte doch wohl annehmen, daß derjenige, bei dem die Klage erhoben ist, auch über die Klage zu entscheiden hat.

[1] Motive zum Entwurf 1873, S. 80 und 81.

Indem der Gesetzgeber eine andere Regelung traf, beging er zweifellos einen neuen Verstoß gegen die Forderung nach einem systematisch aufgebauten Prozeß. Aber dieser Verstoß ist ja im übrigen verständlich, wenn man berücksichtigt, daß nach abgeschlossener Voruntersuchung die Eröffnung des Hauptverfahrens durch Gerichtsbeschluß zu erfolgen hat, eine Regelung, der es schließlich nur entsprach, wenn auch die Außerverfolgungsetzung des Verdächtigen durch Gerichtsbeschluß angeordnet wurde. Sollte aber diese Regelung der Einstellung nach stattgehabter Voruntersuchung dem Bewußtsein des Gesetzgebers entsprungen sein, daß der Untersuchungsrichter eben nicht Richter ist im prozessualen Sinne, ebensowenig wie Partei, so könnte dies die getroffene Regelung noch weiter entschuldigen (denn es würde damit eine erfreuliche Perspektive eröffnet auf die bevorstehende Strafprozeßreform).

§ 13. Das Vorverfahren im Entwurf.

Allerdings kann der den gesetzgebenden Faktoren zur Neuregelung des Strafprozesses vorgelegte Entwurf einer Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1908 keineswegs befriedigen, der in einer systematisch einwandfreien Regelung dieser Materie, namentlich auch des Vorverfahrens, eine Hauptaufgabe einer Reform erblickt[1].

Der Entwurf bringt zwar in vieler Hinsicht auch bezüglich des Vorverfahrens bedeutsame und in ihrer voraussichtlichen praktischen Wirkung vielleicht auch

[1] Es ist hier und im folgenden lediglich von dem Entwurf 1908 die Rede, da dieser, als er nach seiner Durchberatung im Bundesrate am 26. März 1909 (als sogenannter Entwurf II) dem Reichstage vorgelegt wurde, in der hier interessierenden Materie außer redaktionellen Änderungen keine Neuerungen gebracht hat. Eine Gegenüberstellung der Paragraphen im Entwurf I und II gibt in übersichtlicher Weise von Hippel (Der Entwurf einer Strafprozeßordnung. Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung. Heidelberg 1909, S. 2 und 3).

befriedigende Neuerungen. Ihm ermangelt aber ebenso wie dem geltenden Strafprozeß ein einheitliches klares System. Denn im § 175 bezeichnet auch er den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung sowohl, als den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens als Erhebung der öffentlichen Klage. Zwar ist die Fassung dieses Paragraphen eine etwas andere als die des entsprechenden § 168 der geltenden Strafprozeßordnung. Der Entwurf spricht nicht mehr von einer gerichtlichen Voruntersuchung, er spricht von einer Voruntersuchung schlechthin; aber die Tatsache bleibt doch bestehen, daß, wenn in einer Strafsache nach beendeter Voruntersuchung das Hauptverfahren eröffnet werden soll, zweimal in ein und derselben Sache Klage erhoben wird. Und daß eben auch vor dem Untersuchungsrichter Klage erhoben wird, zeigt deutlich, daß der Entwurf mit der Bezeichnung „Voruntersuchung" trotz des Wegfalls der bisherigen Zusatzbezeichnung „gerichtlich" doch immer noch ein gerichtliches Verfahren im Auge hat, das von einem Richter im prozessualen Sinne zu leiten ist. Die Motive des Entwurfs verraten denn auch in keiner Weise, daß bei Abfassung des Entwurfs die Erkenntnis maßgebend oder von Einfluß wenigstens gewesen wäre, daß der bisherigen Voruntersuchung eine prozessuale Stellung fehlt, und daß es die Aufgabe einer Reform sei, diesem Mangel auf irgendeine Weise abzuhelfen. Es kann eine solche Absicht des Entwurfs auch nicht etwa daraus geschlossen werden, daß es im § 175 des Entwurfs heißt: „Die Erhebung der Klage geschieht in der Weise, daß die Staatsanwaltschaft entweder die Eröffnung einer Voruntersuchung oder unmittelbar die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt", denn daß damit nicht etwa gesagt sein soll, die nach stattgehabter Voruntersuchung, also vielleicht mittelbare Beantragung der Eröffnung des Hauptverfahren sei keine Klageerhebung, geht einmal aus dem völlig gleichartigen Verfahren bei Beantragung der Eröffnung des Hauptverfahrens

ohne oder nach stattgehabter Voruntersuchung hervor — es geschieht in beiden Fällen durch Einreichung einer Anklageschrift —, wird aber weiter auch dadurch dargetan, daß, wie gesagt, die Motive sich in keiner Weise zu der neuen Fassung, wie sie § 175 des Entwurfs gegenüber § 168 StPO. bietet, äußern.

Daß also hiernach das systemlose Verfahren einer eventuellen doppelten Klageerhebung im Entwurf noch vorhanden ist, kann füglich nicht bestritten werden. Der Entwurf enthält nun aber für den Fall, daß nach beendigter Voruntersuchung der Staatsanwalt die Außerverfolgungsetzung des Beschuldigten für angebracht hält, die Bestimmung, daß der Staatsanwalt den dahingehenden Antrag bei dem Untersuchungsrichter zu stellen hat und daß dieser dem Antrage selbständig entsprechen kann. Es sieht dies fast so aus, als wenn der Entwurf den Untersuchungsrichter nun als einen Richter im prozessualen Sinne habe kreieren wollen. Ist aber die Einstellung des Verfahrens durch den Untersuchungsrichter tatsächlich eine Entscheidung? Diese Frage muß mit „Nein“ beantwortet werden. Denn der Untersuchungsrichter kann, ganz abgesehen davon, daß die Einstellung keine Entscheidung in der Sache ist — sie spricht nur aus, daß die Eröffnung des Hauptverfahrens keinen Erfolg im Sinne der Anklage zu bringen verspricht —, nach dem Entwurf nicht die Eröffnung des Hauptverfahrens aussprechen, woraus dann weiter auch folgt, daß er, falls nach seiner Ansicht der Antrag auf Außerverfolgungsetzung abzuweisen wäre, die Entscheidung des Gerichts einholen muß. Und in dieser Konstruktion kommt doch klar zum Ausdruck, daß der Untersuchungsrichter auch trotz § 193 Abs. 4 des Entwurfs nicht die Stellung eines Richters im prozessualen Sinne hat. Er kann tatsächlich doch nicht entscheiden; er hat nur eine einzelne Funktion, die sonst der Staatsanwalt hat. Die Einstellung oder Außerverfolgungsetzung durch den Untersuchungsrichter ist ihrem Inhalt nach nichts anderes als die Einstellung

durch den Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren. Sie kann auch nur in Übereinstimmung mit dem Staatsanwalt erfolgen. Und doch fußt diese Regelung der Dinge auch nicht darauf, daß der Untersuchungsrichter kein Richter im prozessualen Sinne, sondern Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft sein soll. Der Entwurf will keineswegs den Untersuchungsrichter zum Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft machen, denn es hätte ja dem Verfasser des Entwurfs nicht entgehen können, daß dann die Erhebung der öffentlichen Klage bei dem Untersuchungsrichter einen Verstoß gegen das System bedeuten würde.

Es fragt sich nunmehr, welche Gründe den Gesetzgeber trotz der Unklarheiten in der theoretischen Konstruktion zu der Regelung der Voruntersuchung veranlaßt haben, wie sie zurzeit in Geltung bzw. im Entwurf vorgeschlagen ist.

§ 14. Praktische Gründe für die Systemwidrigkeit des Vorverfahrens im geltenden Strafprozeß und im Entwurf.

Man kann zweierlei Gründe dafür anführen: entweder glaubte der Gesetzgeber die Durchführung einer Inquisition, d. h. die Erforschung des wahren Sachverhalts durch einen richterlichen Beamten, nur durch Erhebung einer Klage veranlassen zu können, indem er von dem Gedanken des alten Inquisitionsprozesses ausging, dessen Träger der Richter im prozessualen Sinne war, und sich nicht hinreichend darüber klar war, daß Untersuchungsrichter und Richter im prozessualen Sinne nicht dasselbe ist, oder aber er glaubte nur durch die Klageerhebung dem Beschuldigten eine Stellung, eine Mitwirkung in der Voruntersuchung verschaffen zu können, und nannte daher den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung Erhebung der öffentlichen Klage.

Beide Erklärungen aber können auch bestenfalls nur den Widerspruch der doppelten Klageerhebung verständlich machen, niemals jedoch ihn rechtfertigen.

Denn die tatsächliche Klageerhebung kann immer nur erfolgen bei dem Gericht, daß die Entscheidung im Prozeß zu fällen hat, und mit diesem hat, wie wir gesehen haben, der Untersuchungsrichter de facto nichts zu tun; eine formale Klageerhebung aber, also etwa nur aus dem Grunde, weil man glaubt, erst nach erhobener Klage dem Beschuldigten eine mit gewissen Rechten ausgestattete Verteidigungsstellung einräumen zu können, die er in der Voruntersuchung allerdings haben muß, hieße die Bedeutung der bloßen Form überschätzen. In der Tat können ja auch andere Erwägungen als die bloße Voraussetzung der Klageerhebung die Verleihung bestimmter Rechte an den Beschuldigten rechtfertigen.

Wenn im Zivilprozeß A gegen B eine Klage erhebt, also einen Anspruch geltend machen will, so kann B. seinerseits, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat, festgestellt zu sehen, daß A den fraglichen Anspruch gegen ihn nicht hat, sobald er von der beabsichtigten Klageerhebung hört, negative Feststellungsklage erheben. Er hat also in diesem Falle, ohne daß eine Klage gegen ihn bereits erhoben wäre, einen Anspruch auf richterliche Entscheidung über den Streitgegenstand. Weshalb sollte nicht dem analog im Strafverfahren der Verdächtige ebenfalls einen Anspruch auf gerichtliche Entscheidung haben, wenn er hört, daß man gegen ihn eine öffentliche Klage erheben will? Sein rechtliches Interesse an einer solchen Entscheidung steht doch wohl außer Frage[1]. Dann aber muß ihm auch gestattet sein, in gleicher Weise, wie der Staatsanwalt es beantragen kann, seinerseits die Geltendmachung seiner Rechte vorzubereiten, mit anderen Worten, dann muß ihm ebenso

[1] Wenigstens für den, der den Begriff des rechtlichen Interesses als nicht im Gegensatz zum natürlichen sachlichen stehend erkannt hat. Interessante Ausführungen dazu finden sich in Fuchs, Freirechtlerei und soziologische Rechtslehre, im 1. Anhang, S. 155 und 156, zu seinem Juristischen Kulturkampf. Karlsruhe 1912.

wie dem Staatsanwalt der Weg zu einer unabhängigen objektiven Behörde, dem Untersuchungsrichter, freigemacht, ihm die Geltendmachung seiner Rechte im Vorverfahren schon in weitestgehendem Maße ermöglicht werden, ohne daß es dazu der Erhebung einer öffentlichen Klage von seiten der Staatsanwaltschaft vorher bedarf.

Können also praktische Erwägungen die Regelung der Voruntersuchung, wie die StPO. und der Entwurf sie bezüglich der Klageerhebung vor dem Untersuchungsrichter bieten, nicht rechtfertigen, so gilt dies auch von der Neuerung des Entwurfs bezüglich der Einstellung durch den Untersuchungsrichter. Denn diese ist lediglich aus praktischen Rücksichten bei der gegenwärtigen widerspruchsvollen Regelung der Voruntersuchung hervorgegangen. Die Motive sprechen dies offen aus, indem sie sagen, daß die Einstellung durch den Untersuchungsrichter, der übrigens im Falle, daß der Beschuldigte Untersuchungshaft erlitten hat, wieder nicht für die Einstellung zuständig sein soll, nur aus der praktischen Erwägung heraus erfolgen solle, daß die Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses „zu einer nutzlosen Verzögerung des Verfahrens führe, wenn die Staatsanwaltschaft und der Untersuchungsrichter darin übereinstimmen, daß das Verfahren nicht mit Erfolg fortzusetzen ist"[1]. Daß diese Erwägung aber ihren Wert verliert, wenn ein geschlossenes System die aus ihr hervorgegangene Regelung überflüssig erscheinen läßt, bedarf weiter keiner Erörterungen.

Eine Beibehaltung der geltenden Regelung aber kann nach dem oben Gesagten bei einer Reform des Prozesses nicht gerechtfertigt erscheinen[2]. Eine Prozeßreform muß, wie gesagt, es sich vor allen Dingen auch

[1] Motive zum Entwurf I, S. 216 zu § 193.

[2] Dagegen insbesondere von Hippel (a.a.O. S. 91), der zwar die Klageerhebung vor dem Untersuchungsrichter fortfallen lassen will, aber nur vor dem Untersuchungsrichter dem Beschuldigten gewisse Rechte glaubt einräumen zu können.

angelegen sein lassen, ein systematisches Ganzes, eine Einheit zu schaffen, wo diese noch nicht gegeben ist. Abweichungen von diesem Prinzip können nur durch hervorragende praktische Erwägungen begründet werden. Solche aber sind die oben wiedergegebenen nicht.

§ 15. Reformvorschläge.

Ist sonach eine prozeß-systematische Neuordnung des Vorverfahrens notwendig und möglich ohne Gefährdung seines Zweckes, so fragt es sich nunmehr, in welcher Weise diese Neuregelung erfolgen kann. Der Untersuchungsrichter ist, wie wir gesehen haben, in seiner heutigen Stellung teilweise ein Träger staatsanwaltschaftlicher, teilweise ein Träger gerichtlicher Funktionen. Die Voruntersuchung hat also damit teils den Charakter des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens, teils den eines gerichtlichen Verfahrens. Bei einer Gesetzesreform, die dem Postulat systematischer Einheit genügen soll, muß es sich also darum handeln, das Verfahren, das heute Voruntersuchung genannt wird, entweder

I. völlig verschwinden zu lassen oder es

II. a) dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, oder

b) dem gerichtlichen Verfahren derart anzugliedern, daß es mit diesen als eines erscheint. Nur dann ist die Reinheit des Systems gewahrt. Oder vielmehr, damit ist sie erst geschaffen.

Was die Entscheidung für eine der eben vorgeschlagenen Regelungen des Vorverfahrens angeht, so soll zunächst von dem Gedanken ausgegangen werden, der Voruntersuchung im eigentlich gerichtlichen Verfahren ihre Stellung zuzuweisen. Dieses gerichtliche Verfahren dürfte aber nicht etwa das Eröffnungsverfahren sein, denn dieses ist seiner Aufgabe nach nichts anderes als ein Kontrollverfahren für die Entschließungen der Staatsanwaltschaft bez. der Erhebung der öffent-

lichen Klage. Man hat zwar gerade die Voruntersuchung zu einem Teil des Eröffnungverfahrens machen und dieses zu einem kontradiktorischen Verfahren nach prozessualen Grundsätzen ausgestalten wollen[1]; aber was würde man praktisch damit erreichen? Die Eröffnung des Hauptverfahrens durch die Beschlußkammer würde im Falle der Ausgestaltung der Voruntersuchung in dem angegebenen Sinne dem erkennenden Gericht in noch höherem Maße ein Präjudiz sein, als sie es heute schon ist. Und die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ist doch schon, wie sie nach geltendem Recht sich abspielt, bez. der Feststellung des Tatbestandes und der Subsumtion dieses unter eine materielle Bestimmung des Strafrechts, nichts anderes als eine bloße Formalität, wenn anders die Voruntersuchung ihre Aufgabe erfüllt hat. Sie ist nur eine mündliche Wiederholung der schriftlich getätigten Voruntersuchungshandlungen, und teilweise besteht diese mündliche Wiederholung lediglich in der Verlesung von Protokollen. Wenn in der Praxis — und derartige Fälle stehen nicht vereinzelt da — der Vorsitzende des Gerichts dem Angeklagten, der in der Voruntersuchung geleugnet hat, bei Eintritt in die Verhandlung rät, nunmehr ein Geständnis abzulegen, und dann, wenn der Angeklagte dies nicht tut, erklärt: „Nun, dann werden wir es Ihnen beweisen", so verrät dies aufs deutlichste, was für ihn das Entscheidende ist, die Akten der Voruntersuchung oder die Feststellungen des Hauptverfahrens. Das Gericht verläßt sich eben für die Bildung seiner Überzeugung in hohem Maße auf den Inhalt der Akten des Vorverfahrens. Danach bildet es sich seine vorgefaßte Meinung, und kommt es trotz alledem zu einer Freisprechung, so darf man sich nicht wundern, wenn die

[1] Vgl. Hegler, Zur Strafprozeßreform. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIII, Berlin 1912, S. 938, Anm. 210, und die dort angegebene Literatur, insbesondere P. Liepmann, Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform, S. 61 ff., 67 f.

Verkündung des Urteils an den Angeklagten mit den Worten schließt: „Sie sind also freigesprochen, aber tun Sie es nie wieder."

Diese Mißstände würden sich, wie gesagt, noch verstärken, wenn das Eröffnungsverfahren zu einem kontradiktorischen Verfahren gestaltet würde. So soll also im folgenden davon ausgegangen werden, daß das Eröffnungsverfahren der geltenden Strafprozeßordnung bestehen bleibt, wie es der Entwurf auch im wesentlichen vorsieht, als ein Kontrollverfahren für die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und mit diesem ein Ganzes bildend gegenüber dem eigentlichen gerichtlichen Verfahren, dem Hauptverfahren[1]. Eine Rezeption der Voruntersuchung in das gerichtliche Verfahren könnte aber dann systematisch einwandfrei nur in folgender Weise geschehen: Nachdem der Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren hinreichendes Material zur Erhebung der öffentlichen Klage gesammelt, die Beschlußkammer auch die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen hätte, müßte das erkennende Gericht zur Vorbereitung

[1] Es soll an dieser Stelle nicht versäumt werden, die Frage aufzuwerfen, ob es nicht zweckmäßiger sein würde, bei der Neuordnung des Prozesses diese Kontrollinstanz auch wegfallen zu lassen. Es würde das Verantwortlichkeitsgefühl des Gerichts nur heben können, wenn das Präjudiz der Eröffnung des Hauptverfahrens durch eine besondere Instanz wegfiele. Dies würde den Verhandlungen des Gerichts mehr Bedeutung und damit mehr Würde, seinen Entscheidungen aber mehr Zutrauen verschaffen. Es würde auch dazu beitragen können, das Odium zu beseitigen, das heute demjenigen anhaftet, der zwar freigesprochen ist, den aber der Eröffnungsbeschluß schon hat hinreichend verdächtig erscheinen lassen. Bei dem großen Zutrauen, das jedoch der Gesetzgeber der Staatsanwaltschaft als „der" objektiven Behörde gegenüber zu haben immer betont, kann er jawohl keine Bedenken haben, den Staatsanwalt selbst über Erhebung oder Nichterhebung der Anklage entscheiden zu lassen. Ein Beschwerdeweg, wie wir ihn heute schon im Falle der Einstellung für den Verletzten haben, dürfte für eine sachgemäße Entscheidung hinreichende Sicherheit bieten. Der Staatsanwalt aber anderseits dürfte es sich bei der Erhebung der Anklage immer angelegen sein lassen, für genügende Unterlagen Sorge zu tragen.

der Hauptverhandlung eines seiner Mitglieder mit der Führung einer Untersuchung beauftragen.

Für eine solche Ordnung der Dinge würde der Umstand sprechen, daß nun einmal die Voruntersuchung aus der Tätigkeit eines Richters im prozessualen Sinn sich entwickelt hat, dann aber auch die Tatsache, daß das Gericht, indem eines seiner Mitglieder die Voruntersuchung führt, aus der unwürdigen Rolle herauskommt, die es heute, man mag dies eingestehen oder nicht, tatsächlich hat.

Es sprechen jedoch auch eine ganze Reihe Erwägungen gegen diese Regelung. Ganz abgesehen davon, daß sie denen, die in dem der Hauptverhandlung vorhergehenden Verfahren einen Gegensatz von inquisitorischem und akkusatorischem Charakter rügen zu müssen glauben[1], vielleicht Öl ins Feuer gießen würde, ist sie aus Gründen zu verwerfen, die in der Tendenz der historischen Entwicklung des Strafprozesses beruhen: Würde die Voruntersuchung zu einem Teil des gerichtlichen Verfahrens, so müßte der Untersuchungsrichter notwendigerweise auch an der Urteilfindung mitwirken. Denn sonst wäre ja wieder die Einheit des Systems verloren, die zu schaffen wir als eine Hauptaufgabe der Reform erkannt haben. Diese Mitwirkung des Untersuchungsrichters an der Urteilfindung hat erst 1805 die preußische Kriminalordnung abgeschafft. Es würde einen Rückschritt bedeuten, die damals geschaffene Trennung von Untersuchungs- und Hauptverfahren wieder zu beseitigen. Denn wenn auch die Schaffung der Anklagebehörde dem Untersuchungsrichter die Aufgabe der Verbrechensverfolgung genommen hat, ideell also eine vielleicht zu ungunsten des Angeschuldigten in dem Untersuchungsrichter wirksame Tendenz nicht mehr vorhanden sein mag, so

[1] Zutreffend nennt Hegler (a. a. O. S. 938) es ein schiefes Schlagwort, wenn man bei der Frage der Regelung der Voruntersuchung den inquisitorischen Charakter im Gegensatz zum akkusatorischen rügt.

sprechen doch auch heute noch praktische Erwägungen gegen eine solche Rückbildung. Die oben gerügte Tatsache, daß das Gericht vielfach auf Grund der Voruntersuchungsakten mit vorgefaßter Meinung in die Hauptverhandlung eintritt, würde in noch stärkerem Maße in die Erscheinung treten, genau wie bei einer kontradiktorischen Gestaltung des Eröffnungsverfahrens. Das Gericht würde von der Auffassung der Sache, wie sie eines seiner Mitglieder in der Voruntersuchung sich gebildet hat, noch mehr beeinflußt, als bisher von den Ermittlungen des Untersuchungsrichters, wie ihn die geltende Strafprozeßordnung kennt. Und daß die Meinung dieses Mitgliedes des erkennenden Gerichts nicht zu gunsten des Angeschuldigten sich zu bilden pflegt, braucht für den betreffenden Richter ja kein Vorwurf zu sein, ist aber psychologisch sehr wahrscheinlich. Denn nachdem einmal die Staatsanwaltschaft die Anklage unter Kontrolle der Beschlußkammer erhoben hat, hieße es Menschenkräfte überschätzen, wenn man annehmen wollte, der untersuchende Richter sei von alledem unabhängig und unbeeinflußt. Er kann es sicher nicht in höherem Maße sein, als es der Untersuchungsrichter des geltenden Verfahrens ist. Und wie steht es damit? Es liegt menschlich allzu nahe, daß der Eifer in der Strafverfolgung und das an sich durchaus berechtigte Streben, eine Straftat nicht ungesühnt zu lassen, die Objektivität des Untersuchungsrichters beeinträchtigen müssen[1].

Die Einführung der Untersuchung in das gerichtliche Verfahren kann nach alledem die Forderung nach einer systematischen Prozeßeinheit aus praktischen Rücksichten nicht befriedigen. Dann bleibt aber, wie wir gesehen haben, nur noch übrig, sie als einen Bestandteil des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens weiterbestehen oder sie ganz aus dem Vorverfahren verschwinden zu lassen. Letzteres aber wäre tatsäch-

[1] Ausnahmen bestätigen auch diese Regel.

lich nichts anderes, als die Aufgaben der Voruntersuchung im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren erfüllen, die Voruntersuchung in diesem restlos aufgehen zu lassen. Und auf ihre restlose Aufnahme in das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren deuten Zweck und Tendenz der Voruntersuchung auch hin. Das Gesetz läßt sich zwar nicht darüber aus, was eigentlich der Zweck der Voruntersuchung ist. Es sagt wohl: Erachtet der Voruntersuchungsrichter den Zweck der Voruntersuchung für erreicht, so ...; aber es erklärt sich über diesen Zweck nicht. Es ist an anderer Stelle schon ausgeführt worden, daß der Untersuchungsrichter die materielle Wahrheit objektiv erforschen soll. Dies ist jedoch nur seine Aufgabe, eine Hilfsaufgabe für den Fortgang des Strafprozesses. Der Zweck der Aufgabe des Untersuchungsrichters ist, den Fortgang des Strafprozesses selbst zu ermöglichen, d. h. insbesondere die Grundlage zu schaffen, von der aus der Staatsanwalt sich über die Erhebung oder Nichterhebung der öffentlichen Klage schlüssig werden kann. Den gleichen Zweck verfolgt aber auch das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren, wie § 158 StPO. offen zum Ausdruck bringt. Einen besonderen Zweck verfolgt die Voruntersuchung also nicht[1]. Die Motive zur heutigen StPO. wissen auch keinen anzugeben. Sie begründen das Bestehen der Voruntersuchung mit dem Vorbild des französischen Prozesses[2], sind also nicht viel besser als der Mann, der, weil ein anderer ins Wasser springt, auch hineinspringen zu müssen glaubt.

Was den Entwurf zur bevorstehenden Strafprozeßreform angeht, so sucht er das Bestehen der Voruntersuchung als einer besonderen Art des Vorverfahrens keineswegs zu begründen, er glaubt nur einer Umge-

[1] Insofern ist es unrichtig, wenn Hegler a. a. O. S. 938 ausführt, es fehle an der nötigen Klarheit über Zweck und Tendenz der Voruntersuchung.

[2] Entwurf von 1873, S. 85.

staltung der Voruntersuchung zu einem kontradiktorischen Verfahren vor einem Einzelrichter entgegentreten zu müssen[1]. Er erkennt damit an, daß die Voruntersuchung, wie sie heute ist, nicht befriedigen kann. Der Entwurf zur geltenden Strafprozeßordnung hat schon durch sein Schweigen hierüber zugegeben, daß der Voruntersuchung ein besonderer Zweck fehlt: Ja, warum in aller Welt hat denn der Gesetzgeber den Gedanken nicht einmal für diskutabel gehalten, einem Verfahren, dem, zweck- und tendenzlos, wie es ist, wenig Vertrauen entgegengebracht wird, vollends den Garaus zu machen? Wo das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren und die Voruntersuchung nach denselben Grundsätzen dieselbe Aufgabe lösen, denselben Zweck verfolgen, liegt doch nichts näher, als beide Verfahren ineinander aufgehen zu lassen, in der Weise, daß die Voruntersuchung völlig wegfällt.

Für eine solche Regelung sprechen in der Tat gewichtige Gründe. Vom Standpunkte der Systematik aus müßte sie nämlich als die klarste und einwandfreieste Lösung erscheinen. Dem ganzen Vorverfahren wäre damit der rein parteiliche Charakter gewahrt, den es seiner Idee nach haben muß.

Für die Praxis aber würde der Fortfall der Voruntersuchung durch einen richterlichen Beamten eine geradezu befreiende Tat bedeuten, insbesondere noch, wenn damit der Fortfall des Eröffnungsverfahrens verbunden wäre. Denn hierdurch erst würde das erkennende Gericht die vorurteilsfreie Stellung bekommen, die es zur Durchführung der ihm obliegenden Aufgaben haben muß. Hiermit erst würde jenes latente Gefühl der Zusammengehörigkeit wegfallen, das Staatsanwaltschaft und Gericht heute verbindet. Frei von der Grundlage objektiv-richterlicher Ermittlungen, nicht gestützt und getragen von dem Gutachten einer richter-

[1] Entwurf einer Strafprozeßordnung. Berlin 1908. S. 136. Vgl. gegen kontradiktorische Voruntersuchung, die in Wahrheit ein Eröffnungsverfahren wäre, oben S. 73 und 74.

lichen Kontrollinstanz, würde die erhobene Klage dem Gericht als Parteienwerk präsentiert, von dem Gericht auch als Parteienwerk geprüft und gewürdigt werden. Und darin allein läge ein bedeutender Fortschritt. Freilich, was man heute für Maßnahmen hält, die das Interesse des Beschuldigten wahren sollen, würde damit wegfallen. Aber mehr kommt ihnen auch nicht zu nach ihrer praktischen Wirkung. Denn mit ihnen steht es nicht anders als mit der Tortur im mittelalterlichen Inquisitionsverfahren. Sie sollte eine Sicherheit dafür bieten, daß nicht ein Schuldloser verurteilt würde. Um deswillen verlangte man sein Geständnis und vergaß zu berücksichtigen, daß in der Tortur auch ein Schuldloser ein nicht begangenes Verbrechen eingestehen mußte oder doch konnte. So übersieht man heute, daß die Materialsammlung durch den Untersuchungsrichter, die Eröffnung des Hauptverfahrens durch die Beschlußkammer von vornherein den Ausgang des Prozesses, die Entscheidung des Gerichts beeinflussen. Und dabei wirkt, wie gesagt, der Untersuchungsrichter als Verbrechensverfolger, nicht in der Idee allerdings, aber in der Tat, und in den Beratungen der Eröffnungskammer kann man häufig genug hören: Die Sache ist fraglich, überlassen wir es der Entscheidung des Gerichts[1]. Das ist ja ein durchaus richtiger Standpunkt, aber die psychologische Wirkung des Eröffnungsbeschlusses auf das erkennende Gericht wird dabei zu ungunsten des Angeklagten nicht in Rechnung gestellt. Was zu gunsten des Angeklagten wirken soll, bewirkt so nicht selten das gerade Gegenteil. Doch es hieße die wirksame Kraft vorgefaßter Meinungen verkennen, wollte man annehmen, die Reform würde eine derart tiefgreifende Änderung an dem bestehenden Vorverfahren vornehmen[2]. Der Gesetzgeber mag auch glauben, die Ermittlungen würden von einem richter-

[1] Nicht selten, cf. Sello: Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen. Berlin 1911.

[2] Vgl. dazu auch Motive zum Entwurf I, S. 13.

lichen Beamten dank seiner unabhängigen Beamtenstellung in objektiverer Weise getätigt, als es durch die Staatsanwaltschaft geschehen könne, und dieses sei trotz der psychologischen Einwirkung, die es auf das erkennende Gericht haben könne, immerhin eine gewisse Kautel dafür, daß der Verdächtige nicht benachteiligt werde. Wenn er aber einen derartigen Grund für die Beibehaltung der Voruntersuchung in ihrer heutigen Form anführen zu können glaubt, so übersieht er, daß der Beschuldigte durch die beabsichtigte Einführung der Berufungssenate in genügender Weise gesichert ist gegen einen etwaigen Mangel an Objektivität von seiten der Staatsanwaltschaft. Er kann schließlich für die Beibehaltung eines richterlichen Beamten als Materialsammlers im Vorverfahren nur die Erwägung geltend machen, die Erhebung der Ermittlungen durch einen richterlichen Beamten sei unentbehrlich für solche Fälle, in denen mehrfach richterliche Anordnungen getroffen und die deshalb im Interesse prompterer Erledigung in die Hand eines zum Erlaß derartiger Anordnungen zuständigen Richters gelegt werden müßten. Dann aber muß die letzte der vorgeschlagenen Regelungen als die gegebene erscheinen.

Nach ihr bleibt, trotz der Mitwirkung eines Richters in ähnlicher Weise wie heute in der Voruntersuchung, die Erledigung des Vorverfahrens ganz in den Händen der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwalt gibt nicht etwa durch Erhebung einer Klage vor dem tätig werdenden Richter die Befugnis aus der Hand, selbsttätig nach erhobenen Ermittlungen die Einstellung zu verfügen, solange nicht Klage bei dem Gericht, d. h. hier nicht vor dem im Vorverfahren wirkenden Richter, sondern vor der Eröffnungskammer erhoben ist. Das Vorverfahren verliert damit den Anschein eines gerichtlichen Verfahrens im Sinne des Prozesses, es wird auch äußerlich erkennbar ein rein parteiliches, denn der bisherige selbständige Untersuchungsrichter, der ihm diesen Charakter nahm, wird zu einem bloßen Hilfs-

arbeiter der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwalt kann prinzipiell die Ermittlungshandlungen auch in den Sachen, in denen heute eine Voruntersuchung notwendig ist, selbst übernehmen. Wenn er sie einem Richter übertragen will, so hängt dies lediglich von seinem praktischen Ermessen ab, wie es nach der geltenden Strafprozeßordnung in den Fällen der zulässigen Voruntersuchung der Fall ist. Der ermittelnde Richter würde die Stellung haben, wie sie zurzeit der ersuchte Amtsrichter hat, sein Aufgabenkreis aber wäre insofern größer, als er nicht, wie der Amtsrichter, nur einzelne Ermittlungshandlungen vornehmen könnte, sondern die Leitung des gesamten Ermittlungsverfahrens in die Hand bekommen müßte.

Bei einer solchen Regelung des Vorverfahrens könnte man das Bedenken geltend machen, daß der Erlaß eines Haftbefehls damit zu einem Parteirecht würde. Theoretisch ist das auch richtig. Aber praktische Erwägungen müssen dieses Bedenken zurücktreten lassen. Denn einmal ist der den Haftbefehl erlassende Parteivertreter ein unabhängiger richterlicher Beamter, dem in der Verbrechensverfolgung Objektivität zur Pflicht gemacht ist, also ebenso zuverlässig wenigstens wie bisher der Untersuchungsrichter, dann aber bleibt gegen den erlassenen Haftbefehl auch die sofortige Beschwerde zulässig. Ein weiteres Bedenken wäre bei dieser Regelung darin zu erblicken, daß auch die antizipierten Beweisaufnahmen parteilichen Charakter tragen. Aber auch dies ist nur ein Einwand der Theorie. Die Stellung des objektiven richterlichen Beamten muß nach dieser Richtung in gleicher Weise für die Wahrung der Rechte des Beschuldigten bürgen, wie sie zurzeit durch den Untersuchungsrichter erfolgt. Übrigens ließe sich ja erwägen, ob nicht durch Erweiterung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten derlei Bedenken abgeholfen werden könnte.

Daß eine derartige systematisch einfachere Regelung des Vorverfahrens auch den theoretischen Bedenken

gegenüber möglich ist, kommt im Entwurf der Strafprozeßordnung schon zum Ausdruck. Es wird nämlich ein dem vorgeschlagenen entsprechendes Verfahren in Vorschlag gebracht, allerdings nur für den Fall, daß es sich um ein Ermittlungsverfahren gegen einen unbekannten Täter handelt. Darin aber kann doch ein für die Regelung des Vorverfahrens praktisch bedeutungsvoller Unterschied nicht erblickt werden, ob der Täter bekannt oder unbekannt ist. Im Gegenteil, es muß die Beibehaltung der sogenannten Voruntersuchung neben der Regelung des richterlichen Ermittlungsverfahrens gegen einen unbekannten Täter als ein Unding erscheinen. Denn sie führt unter Umständen zu einer zwecklosen Wiederholung derselben Erhebungen, wenn in einer Sache, für die die Voruntersuchung notwendig ist, zunächst ein Verfahren gemäß § 173 des Entwurfs getätigt wird, das mit der Ermittlung des Täters den Sachverhalt völlig geklärt hat und dann, nach dem, eine eigentliche Voruntersuchung nochmals stattfinden soll. Der Verfasser des Entwurfs beschränkt allerdings den Zweck des Verfahrens gemäß § 173 des Entwurfs darauf, den Verdacht auf eine bestimmte Person zu lenken, aber in der Praxis wird das häufig mit der Erfüllung des Zweckes der nach dem Entwurf bestehen bleibenden Voruntersuchung zusammenfallen. Jedenfalls aber gehen die Motive des Entwurfs selbst von dem Gedanken aus, daß der nach § 173 tätig werdende Richter auch die später eventuell notwendige Voruntersuchung führt. Dann aber kann die ganze Voruntersuchung doch von vornherein auf Grund des § 173 in das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren übernommen werden. Denn wenn dies gegen einen unbekannten möglich ist, warum dann nicht gegen den bekannten Täter?

Der Entwurf bringt also in § 173 jedenfalls schon ein Verfahren, das dem hier vorgeschlagenen prinzipiell wenigstens entspricht und nur der angedeuteten Ausdehnung bedarf, um die heutige Voruntersuchung über-

flüssig zu machen und ein Ermittlungsverfahren durch einen richterlichen Beamten in das Vorverfahren derart aufzunehmen, daß zugleich das Prinzip der parteilichen Prozeßvorbereitung, das natürliche Prozeßsystem gewahrt wird. Er weicht allerdings in einer Beziehung von der hier als Ausfluß prozeßsystematischer Erörterungen in Aussicht genommenen Regelung ab, indem er den Staatsanwalt nicht die Befugnis zuerkennt, nun einfach, wo es ihm erforderlich erschein, den Antrag auf Eröffnung richterlicher Ermittlungshandlungen bei dem für deren Führung in Betracht kommenden Richter zu stellen, sondern über diesen Antrag das Gericht entscheiden läßt. Einen Grund für diese Regelung geben die Motive nicht an, aber sie bietet eine Gewähr dafür, daß der Staatsanwalt nicht unnötig, etwa um sich Arbeit zu ersparen, den Ermittlungsrichter in Tätigkeit setzt. In diesem Sinne ist ihr durchaus zuzustimmen[1].

Und nicht nur auf Grund formaler prozessualer Bestimmungen, sondern auch auf praktische Erwägungen muß das Gericht seine Entscheidung treffen können.

Nach alledem also wäre die heutige Voruntersuchung in das staatsanwaltschaftliche Ermittelungsverfahren aufzunehmen und das gesamte Vorverfahren nach folgenden Gesichtspunkten zu regeln:

1. Die Staatsanwaltschaft bereitet prinzipiell jedes Verfahren selbständig und selbst vor.
2. Sie kann, falls ihr dies erforderlich erscheint, die Führung richterlicher Ermittlungen beantragen.
3. Ein derartiger Antrag unterliegt der Entscheidung der Eröffnungskammer, die den Ermittlungsrichter, einen Amts- oder Landrichter, beauftragt.

[1] Zurzeit nämlich ermittelt die Staatsanwaltschaft, wie an anderer Stelle schon erwähnt, selbst nichts, und dafür ist sie doch wohl eigentlich da. Mit all dem Hin- und Herschicken der Akten, Ersuchen, Anträge usw. verliert sie mehr Zeit, als die prinzipiell eigene Vornahme von Ermittlungshandlungen in Anspruch nehmen würde.

4. Erhebung der öffentlichen Klage zur Veranlassung richterlicher Ermittlungshandlungen findet nicht statt.
5. Die Staatsanwaltschaft ist in ihren Rechten bezüglich Einstellung auch nach Abschluß der richterlichen Ermittlungen nicht beschränkt.
6. Der Wirkungskreis des Ermittlungsrichters entspricht dem des Untersuchungsrichters im geltenden Verfahren.

Literaturverzeichnis.

VON BAR: Kritik der Prinzipien des Entwurfs einer deutschen Strafprozeßordnung vom Januar 1873. Berlin 1873.

BIENER: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte. Leipzig 1827.

BINDING: Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1904.

BIRKMEYER: Deutsches Strafprozeßrecht, Vorlesungen. Berlin 1898.

BRUNNER: Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig 1892. (1. Band, 2. Aufl. Leipzig 1906.)

Ders.: Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts. Stuttgart 1894.

VAN CALKER: Ethische Werte im Strafrecht. Berlin 1904.

Ders.: Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung (in der Straßburger Festschrift für LABAND). Tübingen 1908.

Ders.: Politik als Wissenschaft. Leipzig 1899.

Ders.: „Rechtspolitik", im Handbuch der Politik. I.

Code d'instruction criminelle vom 17. November 1808.

DAHN: Fehdegang und Rechtsgang bei den Germanen. Bausteine II (1880).

ELLING: Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, ein Beitrag zur Geschichte des Strafprozesses. Breslau 1911.

Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung. Nach den Beschlüssen der vom Bundesrat eingesetzten Kommission. Mit den Motiven. Berlin 1873.

Entwurf einer Strafprozeßordnung. Berlin 1908.

FUCHS: Juristischer Kulturkampf. Karlsruhe 1912.

GLASER: Handbuch des Strafprozesses. I. Band. Berlin 1883. (BINDINGS Handbuch.)

GOLDAMMERS Archiv, Bd. 37.

HEGLER: Zur Strafprozeßreform. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. XXIII. Berlin 1912.

HEINZE: Dispositionsprinzip und Offizialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform; insbesondere im Strafprozeß. GOLDAMMERS Archiv, Bd. XXIV, S. 265 ff. Berlin 1876.

VON HIPPEL: Der Entwurf einer Strafprozeßordnung. Schwurgerichte und Schöffengerichte, Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung. Heidelberg 1909.

KNAPP: Das alte Nürnberger Kriminalverfahren. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. XII. Berlin 1892.

C. R. KOESTLIN: Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert. Tübingen 1849.

VON KRIES: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.

Ders.: Vorverfahren und Hauptverfahren. Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft. Bd. 9.

Kriminalordnung für die Preußischen Staaten nebst der Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen und den dieselbe ergänzenden Gesetzen. Berlin 1879.

P. LIEPMANN: Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform.

LÖWE: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar. 12. Aufl. Berlin 1907.

MAURER: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayrischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824.

MENDELSSOHN-BARTHOLDI: Das Imperium des Richters. Straßburg 1907.

MITTERMAIER, C. S. A.: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851.

ORTLOFF: Die öffentliche Anklage in Deutschland mit besonderer Berücksichtigung des Fiskalates. Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. 16. Bd. Tübingen 1856.

PLANCK, J. W.: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 2 Bde. Braunschweig 1878/79.

Ders.: Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848. Göttingen 1857.

Preußisches Gesetz vom 3. Mai 1852 betr. die Zusätze zu der Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen. (Gesetz-Sammlung für die Preuß. Staaten. 1852. Nr. 14.)

VON SAVIGNY: Geschichte des Römischen Rechts. Heidelberg 1840. Bd. II.

Ders.: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung. Heidelberg 1840.

Sello: Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen. Berlin 1911.

Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. 1857.

Schmidt, Richard: Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895.

Ders.: Die Herkunft des Inquisitionsprozesses. (Sonderabdruck.) Freiburg i. Br. und Leipzig 1902.

Schoetensack: Der Strafprozeß der Carolina. Leipzig 1904.

Suess: Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozeß. Wien 1898.

Verhandlungen der Reichs-Justizkommission. I. Bd.: Verhandlungen über den Entwurf einer Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. I. Teil. 1. Lesung. Berlin 1876.

von Wächter: Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts. Tübingen 1845.